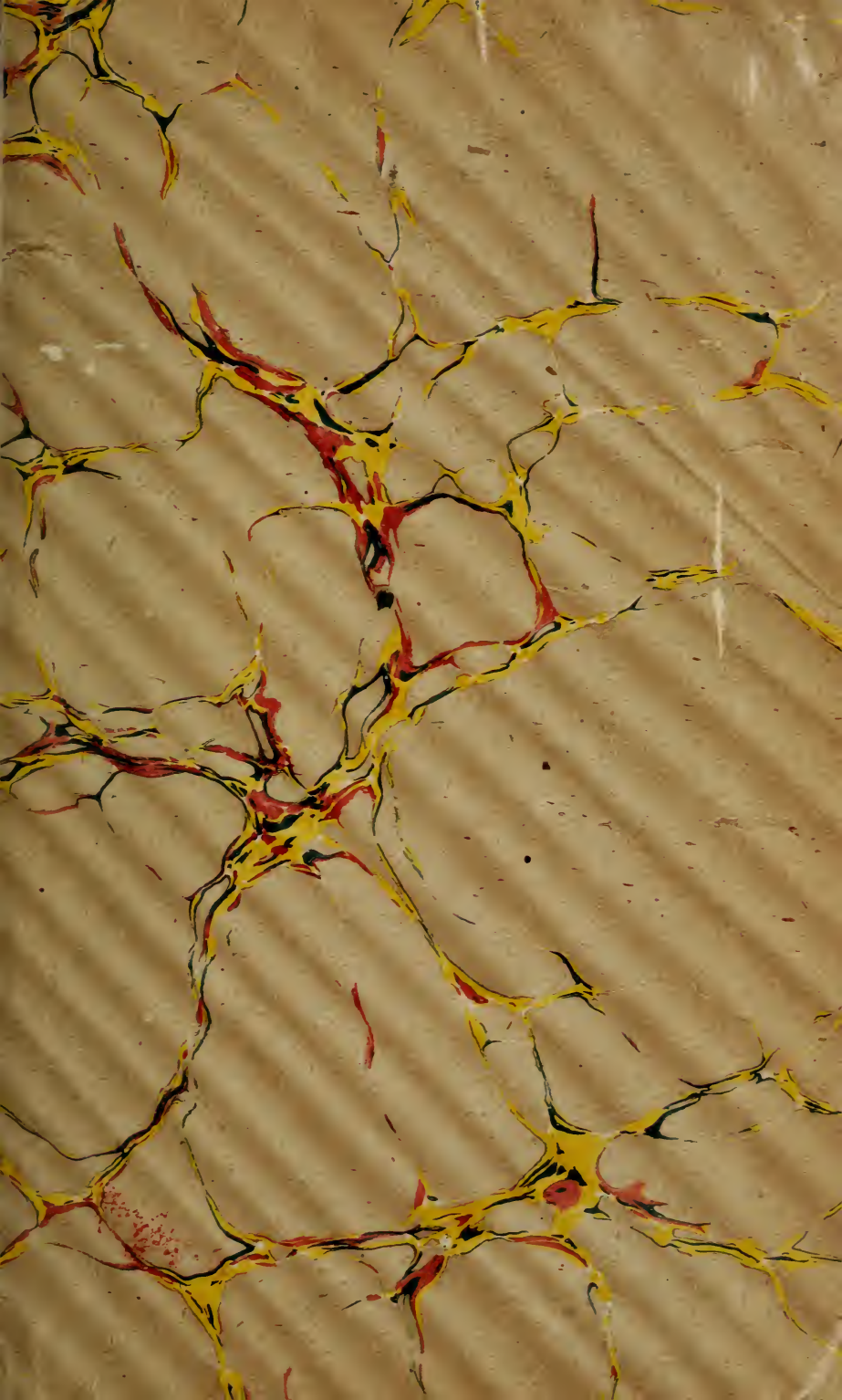
Ex Libris

La Bibliothèque
Université d'Ottawa
Ottawa, Canada

Gracieusement offert par

Me Rosaire Barrette
302, rue Wilbrod
Ottawa, Ontario.

Le 15 janvier 1953.



Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

COURS

DE

CODE NAPOLÉON.

IV

TYPOGRAPHIE DE CH. LAHURE ET Cie
Imprimeurs du Sénat et de la Cour de Cassation
rue de Fleurus, 9

KJV
444
.21804
.A7
D454
1860
v.4

TRAITÉ
DU MARIAGE
ET
DE LA SÉPARATION DE CORPS

PAR

C. DEMOLOMBE

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT
ANCIEN BATONNIER DE L'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR IMPÉRIALE DE CAEN
OFFICIER DE LA LÉGION D'HONNEUR.

TOME SECOND

DEUXIÈME ÉDITION

PARIS.

AUGUSTE DURAND
LIBRAIRE
RUE DES GRÈS, 7.

L. HACHETTE ET Cie
LIBRAIRES
RUE PIERRE-SARRAZIN, 14.

1861.

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

51108

OBSERVATIONS

CONCERNANT

LES CITATIONS DES ARRÊTS ET DES AUTEURS, ET LES TABLES.

I. Cet ouvrage renvoie, pour l'indication des arrêts, soit au recueil de MM. Devilleneuve et Carette, soit à celui de MM. Dalloz, soit au *Journal du Palais*. Mais, afin de rendre les recherches aussi promptes et aussi sûres que possible pour tous ceux qui ne possèdent que l'un de ces trois recueils de jurisprudence, les arrêts sont, en outre, indiqués par leurs dates et par les noms des parties, ce dernier mode de citation étant de tous le plus commode et le plus certain.

Le recueil de MM. Devilleneuve et Carette est ainsi indiqué : Dev. — Celui de MM. Dalloz : D. — Le *Journal du Palais : J. du P.*

II. Les différents auteurs sont cités par l'indication du volume et du numéro, soit de l'ouvrage lui-même, soit de la page, lorsqu'il n'y a point de numéros.

Les citations de Delvincourt se rapportent à l'édition de 1819 ; de Toullier, à l'édition de 1830 et aux notes de M. Duvergier sur l'édition de 1846; de M. Duranton, à l'édition de 1844.

III. Deux tables se trouvent à la fin de chaque volume :

La première est une table des matières dans l'ordre où elles sont traitées;

La seconde, une table numérique des articles du Code Napoléon, qui, par ses renvois aux pages et aux numéros du volume où chacun des articles est expliqué, facilite les recherches et fait, en quelque sorte, l'office d'un commentaire.

IV. Chacun des traités dont se compose le *Cours de Code Napoléon* est, en outre, suivi d'une table analytique et alphabétique.

La table analytique et alphabétique du *Traité complet de l'état des personnes* se trouve à la fin du tome huitième.

COURS

DE

CODE NAPOLÉON.

TITRE CINQUIÈME.

DU MARIAGE.

CHAPITRE VI.

DES EFFETS DU MARIAGE.

SOMMAIRE.

1. — Effet général et essentiel du mariage. — Division de notre chapitre VI.

1. — Pothier a énuméré *quatorze* effets civils du mariage (n°s 396, 408). Sans reproduire ici cette nomenclature, bornons-nous à dire que le mariage est la source unique de la famille, la seule cause de la parenté légitime, et de tous les droits et de tous les devoirs qui en dérivent. Les effets civils du mariage s'étendent partout dans le droit; et nous les retrouverons, à chaque pas, dans toutes les matières.

Le Code s'occupe plus spécialement, dans ce

titre, de quelques-uns de ses effets les plus importants :

1° De l'obligation des père et mère d'élever leurs enfants ;

2° De l'obligation qui existe entre certaines personnes de se fournir des aliments ;

3° Des droits et des devoirs respectifs des époux.

SECTION I.

DE L'OBLIGATION DE LA PART DES PÈRE ET MÈRE D'ÉLEVER LEURS ENFANTS.

SOMMAIRE.

2. — Il ne faut pas confondre le devoir d'éducation imposé aux père et mère, avec l'obligation alimentaire proprement dite.

N° 1. — *Des père et mère légitimes.*

3. — Les époux sont tenus d'élever leurs enfants. — D'où dérive cette obligation ?
4. — Cette obligation est commune au père et à la mère. — Comment doit-elle être supportée par eux ? — *Quid*, si l'un d'eux est dans l'impossibilité d'y satisfaire ?
5. — *Quid*, si les dépenses ont été faites par l'un d'eux, sans le concours de l'autre ? — Celui-ci est-il obligé envers les tiers ?
6. — Le devoir d'éducation est exclusivement imposé aux père et mère. — Il est la conséquence d'un droit qui n'appartient qu'à eux.
7. — *Quid*, si le père ou la mère est décédé ? — En cas de mort du père, par exemple, l'aïeul paternel est-il tenu de contribuer aux frais d'éducation concurremment avec la mère survivante ?
8. — *Quid*, si les père et mère sont tous deux décédés ? — Quelqu'un, après eux, est-il encore tenu du devoir d'éducation ?
9. — En quoi consiste le devoir d'éducation imposé aux père et mère ? — Quelle en est la sanction ?
10. — L'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement. — Pourquoi ?
11. — Est-ce à leurs frais que les père et mère doivent élever leur enfant ? — 1° Du cas où l'enfant n'a pas de biens personnels.
12. — 2° Du cas où l'enfant a des biens personnels. — Il faut distinguer : A. *Quid*, si le père ou la mère en a la jouissance légale ?

13. — B. *Quid*, si le père ou la mère n'en a pas la jouissance?
14. — Est-ce seulement sur les revenus des biens de l'enfant, lorsque le père ou la mère n'en jouit pas, que les dépenses de son entretien et de son éducation peuvent être imputées?
15. — Lors même que le père ou la mère serait, par un motif quelconque, privé de la puissance paternelle, il n'en continuerait pas moins d'être soumis à l'obligation écrite dans l'article 203.

N° 2. — *Des père et mère naturels, incestueux ou adultérins.*

16. — Les père et mère sont tenus de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants naturels, incestueux ou adultérins.
17. — Même après les avoir élevés, ils sont tenus envers eux de l'obligation alimentaire, si les enfants, quel que soit leur âge, se trouvent dans le besoin.
18. — A. L'obligation alimentaire est-elle ici réciproque? — Les enfants naturels doivent-ils des aliments à leurs père et mère? — *Quid*, si le père ou la mère a des enfants légitimes en état de lui en fournir?
19. — Les père et mère peuvent-ils réclamer des aliments de leur enfant, même adultérin ou incestueux?
20. — B. L'obligation alimentaire, qui résulte de la parenté naturelle, s'étend-elle aux ascendants des père et mère?
21. — S'étend-elle aux enfants de l'enfant naturel? — S'étend-elle à son conjoint?

2. — Il me paraît utile de ne point confondre l'obligation des père et mère d'élever leurs enfants, avec l'obligation alimentaire proprement dite, dont ils peuvent être aussi tenus. Le devoir d'éducation a effectivement un caractère spécial, soit quant aux personnes auxquelles il est imposé, soit quant à son étendue et à sa durée. C'est sous ces différents rapports que je vais l'examiner :

1° En ce qui concerne les père et mère légitimes;

2° En ce qui concerne les père et mère naturels, incestueux ou adultérins, auxquels sont aussi applicables quelques-uns des principes que nous allons poser.

N° 1. — *Des père et mère légitimes.*

3. — « Les époux contractent ensemble, par le fait « seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir « et élever leurs enfants. » (Art. 203.) Peut-être serait-il plus logique de dire que cette obligation dérive du fait même de la procréation, indépendamment du mariage, et qu'elle a dès lors pour cause un quasi-contrat, plutôt encore qu'un contrat (art. 1370). Quoi qu'il en soit, il est exact aussi de remarquer que le consentement donné par les époux au mariage s'applique nécessairement à tous les engagements qu'il produit. — « Les époux contractent *ensemble....* » dit notre texte. — Est-ce l'un envers l'autre? — Est-ce en même temps et simultanément? Ces deux acceptions sont possibles; et on peut dire, avec une égale vérité, que les époux sont tout à la fois obligés l'un envers l'autre et envers leurs enfants.

4. — Cette obligation est, en effet, commune au père et à la mère; c'est une charge du mariage qui doit, en général, être acquittée, soit par la communauté (art. 1409-5°), soit par le mari, en cas d'exclusion de communauté (art. 1530), ou de régime dotal (art. 1540, 1549), soit enfin conjointement par le mari et la femme, en cas de séparation de biens (art. 1448, 1537).

Que si l'un des deux, le père ou la mère, est dans l'impossibilité d'y satisfaire, l'obligation doit être intégralement acquittée par l'autre, qui en est alors considéré comme l'unique débiteur, soit à l'égard des enfants, soit à l'égard des tiers (art. 208, 209, 1448, 1558; Grenoble, 28 janv. 1836, Tourette C. Mallet; et Paris, 13 juin 1836, Buisson C. Châtel, Dev., 1836, II, 335). — Est-ce, comme l'ont jugé ces arrêts, parce

que l'obligation des père et mère serait solidaire ou indivisible? c'est un point que j'examinerai bientôt; mais je puis dès à présent annoncer que tel n'est pas mon motif. Si l'un des époux est tenu de toute la dette lorsque l'autre n'y peut pas satisfaire, c'est par application d'un autre principe de cette matière, que nous allons expliquer aussi, savoir : qu'il n'y a véritablement de débiteur, en ces occasions, que celui-là qui peut payer actuellement; en cas d'indigence de l'un des époux, l'autre se trouve donc en réalité l'unique débiteur.

5. — Peu importe que les dépenses d'entretien et d'éducation aient été faites par l'un des époux sans le concours de l'autre. C'est le mari, par exemple, qui a placé sa fille en pension, son fils au collége ou en apprentissage; et le voilà dans l'impossibilité de payer les fournisseurs et les maîtres; je pense que l'on pourra déclarer la mère obligée directement envers eux, non point par suite d'une solidarité ou d'une indivisibilité d'obligation qui serait contraire aux principes non moins qu'aux articles 1448 et 1537, mais par différents motifs dont il appartiendra aux juges de faire, suivant les circonstances, l'application : soit parce que le mari sera réputé avoir agi au nom de la femme; soit parce que les tiers eux-mêmes, auxquels on ne pourrait reprocher aucune négligence vis-à-vis du mari pour obtenir de lui leur payement, seraient réputés avoir géré les affaires de la femme en acquittant une dette dont elle était personnellement tenue.

6. — Ce devoir d'éducation me paraît être spécialement, ou plutôt même exclusivement imposé au père et à la mère. Il est pour eux la conséquence et le moyen d'exercice d'un droit qui n'appartient qu'à eux; je veux dire de la puissance paternelle (art. 372-374; ajout. art. 303 de l'ancien texte du divorce).

Aussi les articles 203 et 204 forment-ils, dans le

chapitre v de notre titre, un ordre de dispositions spécial et distinct, à certains égards, des articles suivants. Ils règlent uniquement ce devoir d'éducation, distinct en effet de l'obligation alimentaire ; qui n'a point, par exemple, de réciprocité possible ; qui n'est, d'après le texte même, qu'à la charge des père et mère, et qui cesse dès que l'enfant est élevé (art. 488). M. Réal fit remarquer « que c'est dans l'intention de « restreindre cette obligation au premier âge et pour « faire sentir qu'elle cesse, lorsque l'enfant est élevé, « que la section a placé le mot *élever* après celui *entre-* « *tenir*. » (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 389.) Ensuite, sans doute, si l'enfant est dans le besoin, il pourra demander des aliments à ses père et mère, de la même manière que ceux-ci seront en droit de lui en demander, s'ils sont eux-mêmes dans le besoin ; mais cette obligation nouvelle et alors réciproque ne dérivera plus précisément des articles 203, 204, mais bien des articles 205 et 207 ; ce sera l'article 207 et non pas l'article 203 que devra invoquer alors l'enfant ; l'article 207, le véritable article, en effet, qui, combiné avec l'article 205, impose aux père et mère l'obligation alimentaire proprement dite.

7. — Ainsi donc, après le décès de l'un des époux, le survivant seul est tenu de cette obligation corrélative au droit, qui lui appartient aussi à lui seul, de surveiller, de diriger l'éducation de son enfant. Est-ce le mari, par exemple, qui prédécède? la femme est seule obligée d'*élever* ses enfants, sans que leur aïeul paternel doive, en rien, y contribuer.

8. — Mais les père et mère sont tous deux décédés. Est-ce que personne n'est plus tenu de ce devoir d'éducation? il faut s'entendre : ce que je crois, c'est que l'obligation spéciale dont nous nous occupons, ne passe pas plus aux ascendants du degré supérieur, que la puis-

sance paternelle proprement dite. Ainsi, l'aïeul pourra bien être tuteur (art. 402-404); il pourra bien être condamné à fournir des aliments à ses petits-enfants, s'ils sont dans le besoin (art. 205-207). On pourra, on devra sans doute déterminer le montant de cette dette alimentaire, eu égard à l'âge des enfants et aux besoins même de leur éducation (art. 208); mais enfin il sera toujours vrai de dire que cette obligation alimentaire de la part des aïeuls et aïeules n'aura plus absolument le même principe et ne pourra pas non plus recevoir toujours la même étendue (*voy.* Merlin, *Rép.*, t. IV, v° *Éducation*, § 1; Zachariæ, t. III, p. 694, note 17; Marcadé, t., I art. 203, n° 2).

9. — C'est qu'en effet, à l'égard des père et mère surtout, cette obligation consiste non-seulement à nourrir et entretenir leurs enfants, mais encore à les *élever*, c'est-à-dire : 1° à former leur cœur, à developper leur intelligence, à régler leurs habitudes et leurs mœurs; 2° à leur donner le genre d'instruction et d'éducation convenable relativement à leur fortune et à leur position sociale (art. 852).

En ce qui concerne les bons soins, les bons conseils, les bons exemples, ce devoir des père et mère ne saurait guère avoir d'autre garantie que leur tendresse, d'autre sanction que l'opinion et les mœurs publiques; et quant au second chef de leur obligation, je crois aussi, avec Zachariæ (t. III, p. 688), qu'il faudrait des circonstances très-graves pour accueillir une action fondée sur l'inaccomplissement de ce devoir. Mais pourtant cette action ne me paraîtrait pas toujours absolument impossible. Paul a 100 000 francs de rente; et il met son fils en apprentissage chez le plus humble des artisans! Il le *nourrit*, il l'*entretient* physiquement, mais voilà comment il l'*élève!* La loi nous offre-t-elle un remède, une répression contre cet abus?

Marcadé paraît enseigner la négative (t. II, art. 385-2°); et tel est aussi l'avis de M. Coffinières (*Encycl. du Droit*, v° *Aliments*, § 1, n° 6).

Écoutons pourtant nos anciens auteurs : « Le père, comme chef de la société maritale, a le droit de décider du genre d'éducation qu'il veut donner à ses enfants et de choisir les maîtres qui doivent les instruire, sans que la mère puisse s'y opposer, si ce n'est dans le cas où le père voudrait donner à ses enfants une éducation contraire à la décence ou aux bonnes mœurs. » (*Nouveau Denizart*, t. VII, v° *Éducation*, n° 3.) L'article 203 consacre aussi de la part des père et mère une obligation civile, une obligation juridique; et ne faut-il pas dès lors qu'il y ait un moyen de les contraindre à l'accomplir? Faut-il admettre qu'un père dénaturé, qu'un mari aveuglé par la jalousie, puisse traiter son propre enfant comme un odieux étranger?

Et d'abord la négative ne ferait aucun doute, si le père avait la jouissance légale des biens de son enfant (art. 385). Mais dans le cas contraire, comment procéder? Il ne paraîtrait pas aujourd'hui possible d'accorder, en ce cas, une action directe au ministère public, comme Pothier l'enseignait autrefois (n° 384). L'argument que l'on pourrait tirer de l'article 267, de l'ancien titre du divorce, ne serait pas suffisant. Voici donc ce que je proposerais :

1° Si la mère existe, elle aurait qualité pour agir en justice afin d'obtenir contre son mari l'exécution de cette obligation; ne remplit-elle pas alors, en effet, la mission d'un subrogé tuteur? (Art. 420.) Ne pourrait-elle pas agir, si son mari lui refusait à elle-même les aliments qu'il lui doit suivant son état et sa fortune? (Art. 214.) Et n'est-ce pas en quelque sorte les lui refuser à elle-même que de les refuser à ses enfants?

Les époux d'ailleurs n'ont-ils pas contracté *ensemble*, c'est-à-dire aussi l'un envers l'autre, cette obligation commune? (Art. 203.)

Enfin, l'éducation des enfants, leur éducation suivant l'état et la fortune des époux n'est-elle pas une charge de la communauté? (art. 1409-5°) ou du mari sous le régime exclusif de communauté (art. 1530) ou sous le régime dotal? (art. 1540-1549) et du mari séparé de biens, si la femme n'y peut pas pourvoir? (Arg. de l'article 1448.)

2° Après le décès de l'un des époux, le tuteur, si le survivant ne l'est pas, et dans le cas contraire le subrogé tuteur, aurait le droit et le devoir d'exiger du survivant l'accomplissement de ses devoirs.

3° Enfin, s'il était possible de supposer que les père et mère à la fois fussent coupables à ce point, ou que la mère n'osât point agir, la difficulté certes serait alors bien plus grande! Mais est-ce que les parents ne pourraient pas requérir et même le juge de paix convoquer d'office un conseil de famille, qui déterminerait le genre d'éducation qu'il convient que les père et mère donnent à leur enfant? (Arg. de l'article 511 et de l'article 444; L. 12 et 13, ff. *de Legibus*.) L'action serait ensuite dirigée contre le père par celui de ses membres que le conseil de famille aurait délégué à cet effet (arg. de l'article 883 C. procéd.; Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 384).

Sans doute, le droit d'éducation et par suite le choix du genre d'instruction et de la profession à venir de l'enfant, appartient en général souverainement aux père et mère; souverainement, je le dis moi-même, mais non pas toutefois aveuglément et quand même! Ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans des explications qui appartiennent aux titres *de la Puissance paternelle* et *de la Tutelle* (liv. I, tit. IX et X). Mais nous verrons

alors que leur pouvoir n'est pas sans limite, et que l'intervention protectrice de la loi peut garantir les enfants des mauvais traitements et des mauvais exemples (arg. de l'article 444; *voy.* Caen, 31 déc. 1811, D... C. sa fille, Sirey, 1812, II, 280). Or, il me semble que cette intervention serait aussi justifiée, dans les cas extraordinaires où les père et mère manqueraient évidemment et essentiellement au devoir d'éducation qui leur est imposé par l'article 203, au devoir de cette *éducation, qui est pour le moral de l'homme ce que sont les aliments pour le physique* (Cass., 3 mai 1842, Bernier C. Repet, Dev., 1842, I, 193). On ne saurait être, en pareil cas, trop réservé; l'autorité des père et mère, le secret de leurs affaires, leurs projets sur l'avenir de leur enfant, il faut les respecter. La seule chose que je demande, c'est qu'il ne soit pas dit que l'obligation imposée par l'article 203 serait toujours absolument dépourvue de toute sanction; c'est enfin qu'il soit reconnu que l'article 203, très-différent de l'article 204, renfermerait au besoin, s'il le fallait, le droit d'agir en justice (Bordeaux, 6 juill. 1832, Porge, D., 1833, II, 26).

10. — Mais voilà l'enfant élevé; il est en âge de s'établir. Peut-il demander à ses père et mère une dot, soit pour contracter mariage, soit pour acheter un fonds de commerce, une étude d'avoué ou de notaire, etc.? En morale sans doute, la dette des parents n'est pas acquittée, tant qu'ils n'ont point procuré à leur enfant un état, une carrière, une position enfin stable et indépendante. Mais convenait-il d'imprimer à ce devoir la sanction des lois positives? Les auteurs du Code Napoléon ne l'ont pas cru (art. 204), préférant très-justement la maxime des pays coutumiers : *Ne dote qui ne veut*, au principe contraire que la plupart des pays de droit écrit avaient emprunté au droit romain (L. 19, ff. *de Rit. Nupt.*; L. 7, Cod. *de Dot. prom.*;

Merlin, *Rép.*, t. IV, v° *Dot*, § 1, n° 6). C'est qu'il n'y a plus alors la même nécessité que lorsqu'il s'agit de la nourriture et de l'éducation ; — c'est qu'il n'était pas possible, sans blesser, sans humilier la puissance paternelle, de contraindre les père et mère à dévoiler en justice le secret de leurs affaires, à déposer en quelque sorte leur bilan, et cela sur la poursuite de leur propre enfant; — c'est qu'au contraire le bon ordre des familles et la discipline domestique trouvent un puissant appui dans la liberté laissée aux parents de faire, pour chacun des enfants, ce qu'ils croient pouvoir et devoir faire, eu égard à sa conduite et à ses dispositions personnelles ; — c'est qu'enfin l'expérience a prouvé que cette obligation naturelle est presque toujours convenablement remplie, et qu'une sanction législative n'aurait dès lors présenté que des dangers sans aucun avantage réel (Pothier, *de la Communauté*, n° 646; *voy.* aussi art. 321, troisième alinéa).

Nous verrons pourtant que la constitution de dot n'est pas tout à fait une libéralité comme une autre, et qu'elle n'est pas absolument régie par les règles ordinaires des donations (art. 511, 1422, 1427, 1438, 1439, 1558; *voy.* aussi notre t. II, *des Absents*, n° 315).

11. — Est-ce à leurs frais que les père et mère doivent nourrir, entretenir et élever l'enfant ?

Quelques distinctions sont nécessaires :

1° Si l'enfant n'a pas de biens personnels, il est évident que les dépenses de son entretien et de son éducation sont à la charge des père et mère. Cette hypothèse est précisément celle de notre article 203, qui, rapproché des articles 208, 209, suppose que l'enfant n'a pas de ressources personnelles, ou du moins qu'il n'en a que d'insuffisantes. « Ipsum autem « filium vel filiam alere patri necesse est non propter

« hæreditates, sed propter ipsam naturam et leges quæ « a parentibus alendos liberos imperaverunt. » (L. 8, § 5, Cod. *de Bonis quæ liberis.*)

12. — 2° Si l'enfant a des biens à lui propres, il faut faire une sous-distinction :

A. Si le père ou la mère en a la jouissance légale (art. 384), les frais de nourriture, d'entretien et d'éducation en sont alors une charge (art. 385-2°); et il est vrai de dire que, dans ce cas, le devoir d'éducation a, sous certains rapports, une autre cause et un principe différent que dans le cas prévu par l'article 203. C'est alors vraiment *propter hæreditates* (L. 8, § 5, *supra*). Il procède en effet dans ce cas de l'usufruit légal, de l'espèce de quasi-contrat qui s'est formé entre l'usufruitier et l'enfant, au nom duquel la loi a stipulé les conditions de la jouissance qu'elle concède.

De là, par exemple, les conséquences suivantes, qui sont autant de modifications de la règle établie par l'article 203 :

1° Ce n'est pas relativement à la fortune du père ou de la mère que doit être appréciée l'importance des dépenses qu'il convient de faire pour l'éducation des enfants; c'est relativement *à leur fortune* (art. 385-2°), à eux, c'est-à-dire à la fortune des enfants eux-mêmes;

2° La dépense est exclusivement à la charge de celui des époux qui a l'usufruit légal; c'est une espèce de forfait, par suite duquel la loi met tout à son compte; et dès lors il ne peut y faire contribuer ni son conjoint, comme il le pourrait dans le cas de l'article 203, ni l'enfant lui-même, qui aurait d'autres biens personnels affranchis de l'usufruit légal (art. 386, 387; Pothier, *Cout. d'Orléans*, Introd. au titre *des Fiefs*, n° 347; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n°s 182-187;

Vazeille, t. II, n° 460; Zachariæ, t. III, p. 682; Valette sur Proudhon, t. II, p. 254, note *a*).

Bien entendu, le père ou la mère, usufruitier légal, pourra, si les biens personnels de son enfant, dont il n'a pas la jouissance, permettent et même exigent qu'on donne à cet enfant une éducation plus cultivée, l'usufruitier légal pourra y employer même les revenus propres de l'enfant. Ce que je veux dire, c'est qu'il doit toujours y employer, avant tout, les revenus des biens dont il jouit, et que ce n'est qu'en cas d'insuffisance de ces revenus, que l'usufruitier légal peut y consacrer les revenus propres de l'enfant.

15. — B. Si le père ou la mère n'ont pas la jouissance légale des biens personnels de l'enfant, je crois qu'ils ne sont pas tenus de le nourrir et de l'élever *de suo*, et qu'ils peuvent imputer ces dépenses sur ses revenus. On ne saurait alors invoquer contre eux ni l'article 203, qui ne doit pas être séparé des articles 208 et 209, ni moins encore l'article 385, évidemment inséparable aussi de l'article 384; et il est effectivement très-équitable que les père et mère, moins riches peut-être que leur enfant, ne soient pas tenus de payer, pour lui, des dépenses auxquelles il peut personnellement satisfaire. Si on ne trouve pas dans l'article 203 ces mots de l'article 205 : .... *qui sont dans le besoin*, c'est que telle est généralement la position des enfants qui n'ont pas le plus souvent de biens personnels pendant l'existence de leurs père et mère, hypothèse que paraît surtout avoir en vue cet article. L'article 389, qui rend comptable, quant à la propriété et aux revenus, le père administrateur des biens dont il n'a pas la jouissance, cet article est une disposition générale, qui n'a rien de contraire à notre solution; le père, en effet, *comptera* des revenus, en prouvant l'emploi qu'il en a fait pour l'édu-

cation des enfants (Trèves, 20 janv. 1812, Fieffe C. Rothwil, Sirey, 1812, II, 275; Nîmes, 1er mai 1826, Martel C. Courbessas, D., 1826, II, 156; Bordeaux, 21 mai 1835, Molènes C. Gillet, Dev., 1836, II, 19; Duranton, t. II, n° 417).

14. — Mais, dans ce dernier cas, est-ce seulement sur les revenus des biens de l'enfant que les dépenses de son entretien et de son éducation peuvent être imputées? ou bien le père et la mère pourraient-ils les acquitter même aux dépens du *fonds*, du *capital?*

Proudhon enseigne que le capital même de la fortune de l'enfant doit y satisfaire (*de l'Usufruit*, t. I, n° 186); et telle est aussi la solution consacrée par l'arrêt précité de la Cour de Bordeaux (Dev., 1836, II, 19). Cette question particulière se rattache à une question générale de principe, que j'examinerai bientôt, à savoir : si le besoin, qui donne naissance à la créance alimentaire, peut résulter de l'insuffisance des revenus, alors même que le demandeur aurait un capital qu'il pourrait entamer pour vivre. Mais, dès à présent, je dois dire qu'en ce qui concerne les rapports des père et mère avec leurs enfants, il me paraît beaucoup plus conforme au vœu de la loi (art. 203, 208, 209), qu'en général les dépenses d'entretien et d'éducation ne soient imputables que sur les revenus de l'enfant, et que les père et mère eux-mêmes les supportent personnellement, lors surtout qu'ils sont dans l'aisance, plutôt que de dévorer d'avance le capital même de leur enfant. En tous cas, ce serait là comme une aliénation ou une sorte d'emprunt qu'il ne dépendrait pas du père ou de la mère de consentir de sa seule autorité (art. 457); il faudrait donc qu'il eût préalablement consulté le conseil de famille, pour être autorisé à imputer ces sortes de dépenses sur le

capital (Caen, 29 mai 1844, Coppin C. Vallée, Dev., 1844, II, 348).

15. — Remarquons enfin que si le devoir d'éducation, particulièrement imposé aux père et mère par l'article 203, dérive pour eux du droit de puissance paternelle, il n'en faut pourtant pas conclure que ce devoir et ce droit soient corrélativement inséparables. L'article 203 est au contraire absolu et devait l'être! si donc le père ou la mère, par un motif quelconque d'interdiction ou de condamnation, se trouvait privé de la puissance paternelle, il n'en continuerait pas moins d'être soumis à l'obligation écrite dans notre article 203 (Zachariæ, t. III, p. 689; Marcadé, t. II, art. 203, n° 43).

N° 2. — *Des père et mère naturels, ou incestueux, ou adultérins.*

16. — Quoique nous ne traitions que des effets du mariage, il est important de résoudre incidemment ici une question, qui ne serait nulle part mieux placée, la question de savoir si les principes que nous exposons sont aussi applicables aux enfants nés hors mariage. Et pour en finir de suite avec cet incident, je vais même m'expliquer tout à la fois, sur le devoir d'éducation et sur l'obligation alimentaire proprement dite.

Et d'abord les père et mère sont-ils tenus de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants naturels, incestueux ou adultérins (lorsque, bien entendu, les rapports de filiation sont prouvés)? oui, sans aucun doute; c'est là une obligation morale, un devoir sacré que notre ancien droit leur imposait (Pothier, n°s 394, 395; *Nouveau Denizart*, t. I, v° *Aliments*, n° 12), et que notre Code a dû aussi ériger en obligation civile, dans l'intérêt même de l'ordre public. Si l'article 203

déclare que les époux contractent ensemble cette obligation *par le fait seul du mariage*, c'est qu'alors en effet il y a un motif de plus, un engagement formel. Mais il n'a certes pas voulu indiquer le mariage comme la cause unique d'un devoir qui dérive toujours, avant tout, du fait même de la procréation. La preuve en est : 1° dans les articles qui règlent les rapports des père et mère naturels envers leurs enfants, leurs rapports, dis-je, soit entre-vifs (art. 159-383), soit après le décès des uns ou des autres (art. 756-765); 2° dans les articles 762, 764, qui, en imposant cette obligation à la succession des père et mère incestueux ou adultérins, attestent *a fortiori* qu'elle leur est imposée à eux-mêmes de leur vivant, et par conséquent aussi qu'elle est imposée aux père et mère simplement naturels (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 488; Demante, *Programme*, t. I, n° 238). Seulement cette obligation est moins étendue que lorsqu'il s'agit d'un enfant légitime (arg. des articles 755, 756); et l'article 764 en indique assez la limite, en ce qui concerne les enfants incestueux ou adultérins.

17. — Quant à l'obligation alimentaire proprement dite, les mêmes motifs, que je viens de présenter, l'établissent; et il est en effet généralement reconnu que les père et mère doivent des aliments à leurs enfants naturels, incestueux ou adultérins, même après les avoir élevés, et à quelque âge que ce soit, lorsqu'ils se trouvent dans le besoin (Cass., 16 nov. 1808, Marchand-Peterlon, Sirey, 1809, I, 110; Toulouse, 24 juill. 1810, Cabanon C. Caroyon, Sirey, 1811, II, 105; Cass., 27 août 1811, mêmes parties, Sirey, 1812, I, 13; Bordeaux, 22 févr. 1851, Roquebert, Dev., 1851, I, 494; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Aliments*, § 1, art. 2, n° 5; Delvincourt, t. I, p. 87, note 3; Duranton, t. II, n° 377; Vazeille, t. II, n° 499; Zachariæ, Aubry et

Rau, t. IV, p. 715; Cadrès, *des Enfants naturels*, chap. VIII, n° 157).

Les père et mère ne seraient tenus toutefois, qu'autant que leurs enfants n'auraient pas eux-mêmes des enfants en état de leur fournir des aliments (*infra*, n° 35).

18. — Ce qui me reste à dire sur ce point, peut être ramené aux deux questions que voici :

1° L'obligation alimentaire est-elle, dans ce cas, réciproque?

2° S'étend-elle, soit aux ascendants des père et mère, soit aux descendants de l'enfant?

A: Que les enfants simplement naturels soient tenus de fournir des aliments à leurs père et mère dans le besoin, c'est une vérité déjà proclamée dans l'ancien droit (Pothier, n° 395), et que l'on s'accorde aussi à trouver implicitement consacrée par le Code Napoléon (arg. des articles 207 et 765; L. 5, § 4, ff. *de Agnos. et alend. lib.;* Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Aliments*, § 1, art. 2, n° 11; Delvincourt, t. I, p. 87, note 5; Duranton, t. II, n° 396; Zachariæ, t. IV, p. 87; ajout. même Bordeaux, 20 mars 1837, Labarthe, Dev., 1837, II, 483). Sans doute les tribunaux prendront en considération les circonstances, les facultés de l'enfant, les besoins des père et mère, et même aussi leur conduite; mais ce pouvoir d'appréciation, qui existe toujours en pareil cas (art. 208, 209), ne doit pas empêcher de déclarer nettement le droit des père et mère de demander des aliments (Toullier et Duvergier, t. II, n° 1074, note *a*).

Suivant Pothier, l'enfant naturel n'y serait tenu que « lorsque les père et mère n'ont pas d'enfants légitimes qui soient en état de leur en fournir. » (N° 395). Ce point-là n'est pas réglé par le Code; mais je crois que les principes à l'aide desquels nous essayerons de le

résoudre, ne comporteraient pas cette solution; il me paraîtrait donc, en droit, plus logique de dire que l'enfant naturel serait, en général, tenu concurremment avec les enfants légitimes dans la proportion de sa future vocation héréditaire; tout cela, sauf l'appréciation souveraine des faits par les magistrats (Zachariæ, t. IV, p. 87).

19. — Mais voici que les père et mère incestueux ou adultérins viennent demander des aliments à leur enfant.

Il ne faut pas les entendre, a-t-on dit : en règle générale, la loi ne reconnaît aucun effet civil au lien qui unit les père et mère à leur enfant incestueux ou adultérin; point de puissance paternelle! point de tutelle! point de droit de successibilité! aussi ne pourrait-on fonder sur aucun texte, de la manière même la plus indirecte et la plus éloignée, le droit des père et mère de réclamer des aliments. Et cela est juste et moral; les père et mère ne sont-ils pas coupables d'inceste ou d'adultère? une telle faute peut-elle devenir le principe d'une action en justice? (Zachariæ, t. IV, p. 97; Chabot, *des Successions* sur l'article 765; Malpel, *des Successions*, n° 173; Cadrès, *des Enfants naturels*, chap. XII, n° 211.)

Ces motifs sont fort graves; et pourtant je me sens porté vers l'opinion contraire. La dette d'aliments envers ses père et mère est pour tout enfant, quel qu'il soit, une dette sacrée! *Necare videtur et is qui alimonia denegat.* (L. 4, ff. *de Agn. et al. lib.*) Ma preuve ne sera pas faite ainsi, j'en conviens, si je n'établis pas que cette obligation naturelle a été sanctionnée par la loi civile (*voy.* notre t. I, n°s 8, 9); mais je commence par proclamer la sainteté de ce devoir, précisément pour nous disposer à *cette interprétation large et extensive* qu'il convient de donner aux articles de la loi qui

consacrent ces sortes d'obligations. Or, voici mes motifs pour croire que, civilement et juridiquement, les père et mère, même incestueux ou adultérins, peuvent réclamer des aliments de leur enfant : 1° la dette alimentaire est réciproque; telle est sa nature, fondée sur l'équité, sur la réciprocité même du lien qui l'engendre; l'article 207 peut donc servir de base légale au droit des père et mère incestueux ou adultérins; 2° on reconnaît qu'aux termes de l'article 371, l'enfant, même incestueux ou adultérin, n'en doit pas moins, à tout âge, honneur et respect à ses père et mère; qu'il ne pourrait pas, en conséquence, exercer contre eux la contrainte par corps (loi du 17 avril 1832, art. 19), et que les articles 299 et 312 du Code pénal lui seraient applicables. Pourquoi cela? parce que l'ordre public serait profondément blessé par de tels actes de dureté et d'impiété d'un enfant envers ses père et mère! Or, le refus d'aliments ne serait pas un moindre scandale; et la loi ne doit pas tolérer que l'enfant, quel qu'il soit, incestueux même ou adultérin, qui peut nourrir ses père et mère, les laisse sans asile et sans pain!

20. — B. L'obligation alimentaire, qui résulte de la parenté naturelle, s'étend-elle, soit aux ascendants des père et mère, soit aux descendants de l'enfant?

Aux ascendants des père et mère? on a soutenu l'affirmative (Merlin, *Rép.*, t. X, v° *Puissance paternelle*, sect. III, § 2, n° 1); mais l'opinion contraire, actuellement accréditée, me paraît en effet beaucoup plus conforme aux textes et aux principes. Nous verrons, en effet, plus tard, que la reconnaissance volontaire ou forcée d'un enfant naturel, n'établit de relations civiles qu'entre le père ou la mère et l'enfant reconnu; celui-ci n'entre pas dans la famille de ses père et mère, et n'y acquiert aucun droit (art. 756); et pour cette fois, ce qui me paraît moral et juste, c'est que les as-

cendants ne soient pas exposés à subir les conséquences de l'inconduite de leur enfant (Cass., 7 juill. 1817, Lesclar C. Demangeot, Sirey, 1817, I, 289; *Nouveau Denizart*, t. I, v° *Aliments*, n° 17; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Aliments*, § 1, art. 2, n° 12; Duranton, t. II, n° 379).

21. — Enfin l'obligation alimentaire s'étend-elle aux enfants de l'enfant naturel?

A ses enfants naturels? non; je viens à l'instant même de dire (*supra*, n° 20).

A ses enfants légitimes? oui; car le lien qui unit le père et la mère naturels à leur enfant, comprend aussi la descendance légitime de celui-ci. C'est, du moins, une proposition que j'essayerai plus tard d'établir (sur l'article 759).

Aussi j'applaudis à la décision qui a déclaré qu'après la mort de l'enfant naturel, son conjoint, veuf avec enfants du mariage, était tenu de fournir des aliments au père ou à la mère naturel de son conjoint décédé (Paris, 28 mars 1840, la dame L... C. B..., Dev., 1840, II, 425). Je ne voudrais pas me fonder uniquement, ainsi que cet arrêt paraît le faire, sur ce qu'il s'agit ici d'une obligation naturelle; mais il me semble que l'application de l'article 206 à cette hypothèse est suffisamment justifiée par le motif que l'époux légitime d'un enfant naturel est, à vrai dire, le gendre ou la bru du père ou de la mère de son conjoint, puisque les rapports de paternité et de filiation sont alors légalement reconnus.

SECTION II.

DE L'OBLIGATION QUI ÉXISTE ENTRE CERTAINES PERSONNES DE SE FOURNIR DES ALIMENTS.

SOMMAIRE.

22. — Division.

N° 1. — *A quelles personnes l'obligation alimentaire est-elle imposée?*

23. — A quels parents l'obligation alimentaire est-elle imposée?
24. — A quels alliés?
25. — Suite.
26. — Dans quels cas cesse l'obligation alimentaire résultant de l'alliance?
27. — Pourquoi le second mariage du beau-père ne la fait-elle pas cesser?
28. — *Quid*, si c'est la bru qui se remarie?
29. — Le gendre et la belle-fille conservent-ils le droit de demander des aliments à leur belle-mère remariée? — Même question à l'égard du beau-père et de la belle-mère envers leur bru remariée?
30. — *Quid*, si la belle-mère remariée devient veuve?
31. — L'obligation alimentaire demeure toujours réciproque entre la mère qui se remarie et les enfants d'un précédent mariage. — Conséquence à l'égard du gendre et de la belle-fille.
32. — Les différentes personnes, auxquelles la loi impose l'obligation alimentaire, en sont-elles tenues concurremment?
33. — Il ne faut considérer comme débiteurs de l'obligation alimentaire que ceux qui sont en état de l'acquitter.
34. — Le conjoint est tenu, en première ligne, de fournir des aliments à son conjoint.
35. — Dans quel ordre les différentes personnes auxquelles l'obligation alimentaire est imposée, doivent-elles être tenues?
36. — Suite. — Le petit-fils d'un fils prédécédé doit-il des aliments à son aïeul, lorsqu'il y a un autre fils au premier degré?
37. — Suite. — Le père et l'aïeul maternel, en cas de décès de la mère, doivent-ils concurremment des aliments à leur enfant et petit-enfant dans le besoin?
38. — Du mode de contribution de la dette alimentaire entre le fils et le petit-fils, etc. — Renvoi.
39. — Le neveu et la nièce pourraient-ils être tenus de fournir des aliments à leur oncle et à leur tante? — *Quid*, des frères et sœurs?
40. — L'obligation alimentaire est-elle transmissible aux héritiers ou successeurs universels de celui qui en était tenu? — Trois opinions

sont en présence. A. *Première opinion* : cette obligation n'est jamais transmissible.

41. — B. *Deuxième opinion* : L'obligation alimentaire est toujours transmissible.

42. — C. *Troisième opinion* : L'obligation alimentaire est, suivant certaines distinctions, transmissible ou intransmissible.

N° 2. — *Dans quel cas l'obligation alimentaire prend-elle naissance?*

43. — Les aliments ne sont dus qu'à celui qui ne peut point pourvoir lui-même à sa subsistance, soit par ses biens, soit par son travail.

44. — Est-ce seulement l'insuffisance des revenus qui constitue alors le besoin? — Ou faut-il que celui qui réclame ne puisse pas, avec son capital, se créer d'autres ressources? — Le demandeur en aliments est-il obligé d'abandonner les biens qu'il possède?

45. — Suite.

46. — Il faut que celui qui réclame des aliments, ne puisse pas s'en procurer par son travail. — Mais c'est là une question de fait subordonnée aux circonstances.

47. — Le demandeur en aliments doit-il prouver qu'il est dans le besoin?

48. — Les aliments sont dus dès que celui qui réclame est dans le besoin, — quel que soit son âge, — quelle que soit la cause de son dénûment, — par le père, quoiqu'il ait doté son enfant, — par l'enfant, quoiqu'il n'ait rien reçu de son père.

49. — Les ascendants doivent-ils des aliments à leur enfant, lorsqu'il s'est marié sans leur consentement et contre leur gré?

50. — Mais les ascendants doivent-ils alors des aliments même au conjoint de leur enfant et aux enfants issus de son mariage?

51. — *Quid*, pourtant, si celui qui réclame des aliments avait commis contre celui, auquel il les demande, un fait, à raison duquel il serait exclu comme indigne de sa succession?

N° 3. — *En quoi consiste l'obligation alimentaire? et comment peut-elle être acquittée?*

52. — Le mot *aliments* comprend tout ce qui est nécessaire aux besoins de l'existence.

53. — L'obligation de fournir des aliments n'emporte point l'obligation de payer les dettes de celui à qui les aliments sont dus.

54. — *Quid*, si ces dettes emportaient la contrainte par corps?

55. — *Quid*, si ces dettes avaient été contractées pour cause de besoins alimentaires?

56. — Le *bénéfice de compétence* existe-t-il aujourd'hui?

57. — Celui qui réclame des aliments est-il obligé d'abandonner les biens qu'il possède? — Renvoi.

58. — L'obligation alimentaire peut être acquittée soit en argent, soit en nature.

59. — Dans quels cas doit-elle être acquittée en argent ? — Dans quels cas en nature ?

60. — L'alternative, que l'article 211 accorde aux père et mère, soit de payer la pension en argent, soit de recevoir chez eux leur enfant, appartient-elle aussi aux aïeuls et aïeules envers leurs petits-enfants?

61. — Les père et mère qui sont dans l'impossibilité de payer la pension en argent, peuvent-ils être contraints à recevoir chez eux leur enfant ?

62. — Le montant de la pension alimentaire doit être déterminé suivant les circonstances.

63. — L'obligation alimentaire est-elle solidaire ? — Est-elle indivisible ? — N'est-elle ni indivisible ni solidaire ?

64. — C'est aux magistrats qu'il appartient de décider, suivant les circonstances, comment se fera le payement de la pension alimentaire, par terme ou d'avance, en quel lieu, etc....

65. — Les juges pourraient-ils imposer à celui qui réclame les aliments, l'obligation d'avoir sa résidence dans un lieu déterminé, ou de se livrer à un certain genre d'occupation ?

66. — L'alimentaire, admis dans le domicile de la personne qui le nourrit et entretient, est-il tenu de s'y rendre utile ?

67. — L'obligation alimentaire peut augmenter ou diminuer, s'éteindre et renaître suivant les besoins de l'un et les facultés de l'autre. — *Quid*, s'il y avait eu entre les parties une décision judiciaire ou un traité ?

68. — Le juge pourrait-il condamner celui qui doit la pension alimentaire, à donner des sûretés pour le payement des arrérages ? — à fournir par exemple une caution ou une hypothèque?

69. — Suite.

70. — Différence entre l'obligation alimentaire purement légale, et l'obligation alimentaire qui aurait une autre cause, et qui dériverait, soit d'un contract à titre onéreux, soit d'une donation. — *Quid*, si ce contrat ou cette donation ont eu lieu entre deux personnes réciproquement obligées de se fournir des aliments d'après la loi ?

71. — Les pensions alimentaires dues *ex officio pietatis*, n'arréragent pas. — Application de cette règle.

72. — Celui qui a fourni les aliments, peut-il agir en répétition contre celui qui les a reçus, si celui-ci revient ensuite à meilleure fortune?

73. — L'action en répétition pourrait-elle être exercée par celui qui a payé les aliments, contre ceux qui auraient dû y contribuer avec lui, à raison de leur qualité de parent ou d'allié, mais qui n'avaient pas alors les moyens de le faire ?

74. — Le tiers, qui sans y être obligé, a fourni des aliments à une per-

sonne, peut-il agir en répétition contre le parent ou l'allié de cette personne, tenu d'après la loi de lui en fournir ?

75. — Le tiers, dans ce cas, ne peut-il agir en répétition contre celui qui était obligé de fournir les aliments, qu'autant que la personne qui les a reçus est encore vivante ?

76. — L'instituteur ou le maître qui a fourni des aliments à des enfants au nom et par ordre de leur père ou mère, a-t-il une action en répétition contre les enfants eux-mêmes ?

77. — Il n'y a lieu à aucune action en répétition de la part de celui qui a fourni des aliments à une personne, avec l'intention de n'en point exiger le remboursement. — A quelles circonstances pourra-t-on reconnaître cette intention ?

78. — La créance d'aliments dus *ex officio pietatis* peut-elle être l'objet d'une compensation ? — d'une saisie ? — d'une cession ?

79. — Des aliments peuvent être dus en vertu d'autres causes. — Renvoi.

80. — De la compétence des juges de paix, en ce qui concerne les demandes en pension alimentaire.

22. — Nous avons à examiner, sur ce qui concerne l'obligation alimentaire :

1° A quelles personnes cette obligation est imposée ;

2° Dans quels cas elle prend naissance;

3° En quoi elle consiste, et comment elle peut être acquittée.

N° 1. — *A quelles personnes l'obligation alimentaire est-elle imposée ?*

23. — L'obligation alimentaire est imposée seulement à certains parents et à certains alliés.

A quels parents ?

« Les enfants doivent des aliments à leurs père et « mère et autres ascendants, qui sont dans le besoin. » (Art. 205.)

Réciproquement, les père et mère et autres ascendants doivent, dans le même cas, des aliments à leurs enfants et autres descendants (art. 207).

Toullier pense, toutefois, que cette obligation

n'étant pas *littéralement imposée aux ascendants supérieurs* envers leurs petits-enfants, « les tribunaux pourraient, suivant les circonstances, rejeter l'action alimentaire dirigée par les petits-enfants contre leurs aïeuls ou aïeules; car il n'y aurait pas de loi violée. » (T. II, n° 612.) Et on pourrait peut-être encore invoquer en ce sens l'article 211, qui, dans l'hypothèse par lui prévue, ne mentionne en effet que les père et mère.

Mais il ne m'en paraît pas moins certain qu'une telle décision devrait être cassée, si elle jugeait ainsi en point de droit :

1° Aux termes de l'article 205, les petits-enfants doivent des aliments à leurs aïeuls et aïeules; or, aux termes de l'article 207, l'obligation alimentaire est réciproque; donc, d'après ces textes mêmes, les aïeuls et aïeules doivent aussi des aliments à leurs petits-enfants. — Mais l'article 207 ne s'applique qu'à l'article 206, qui le précède immédiatement! — Cette objection est réfutée d'abord par le texte de l'article 207 : « *Les* « *obligations* résultant *de ces dispositions* sont réci- « proques. » Ce n'est donc qu'arbitrairement qu'on restreindrait la relation de l'article 207 à l'article 206; et la preuve en est que, d'après le projet, les articles 205, 206 et 207 ne formaient primitivement qu'un seul article (47) divisé en trois paragraphes (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 432). Mais ce n'est pas tout! Si en effet les aïeuls et aïeules n'étaient pas tenus, en vertu du texte même de l'article 207, de fournir des aliments à leurs petits-enfants, savez-vous ce qui arriverait? c'est que les père et mère eux-mêmes n'y seraient pas tenus davantage! car il s'agit ici, non pas du devoir d'éducation qui leur est imposé seulement par l'article 203, mais de l'obligation alimentaire proprement dite, dont ils sont tenus ensuite envers leur

enfant, quel que soit son âge; or, si cette obligation spéciale ne leur est pas imposée par l'article 207 combiné avec l'article 205, je le répète, elle ne leur est alors imposée non plus par aucun texte.

2° Il y a donc une loi; et cette loi est très-conforme à la raison et à ce caractère de réciprocité, qui distingue toujours l'obligation alimentaire (L. 5, § 2, ff. *de Agnos. et alend. lib.; Nouveau Denizart*, v° *Aliments*, n° 17; Cass., 28 oct. 1807, Devaziers, Sirey, 1808, I, 45; Duranton, t. II, n°s 387, 388; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 621; Massé et Vergé, t. I, p. 221; Marcadé, t. II, art. 205, n° 1; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 612, note 3; Coffinières, *Encyclop.*, v° *Aliments*, n° 7; Demante, t. I, n° 289 *bis*, I).

24. — A quels alliés est imposée l'obligation alimentaire?

« Les gendres et belles-filles doivent également, et « dans les mêmes circonstances, des aliments à leurs « beau-père et belle-mère; mais cette obligation cesse « 1° lorsque la belle-mère a convolé en secondes noces; « 2° lorsque celui des époux, qui produisait l'affinité, « et les enfants issus de son union avec l'autre époux, « sont décédés. » (Art. 206.)

Quel est le sens de ces mots : *gendres* et *belles-filles*, *beau-père* et *belle-mère?* Il est d'autant plus utile d'en préciser l'acception juridique, qu'elle n'est pas toujours très-bien observée dans le langage du monde et des familles.

Pierre et Sophie ont marié leur fille à Paul. — Paul est leur gendre, *gener;* Pierre est le beau-père de Paul, *socer;* et Sophie, sa belle-mère, *socrus*.

Est-ce leur fils qui s'est marié à Julie? — Julie sera leur belle-fille, *nurus;* et Pierre et Sophie seront son beau-père et sa belle-mère.

Tel est le sens technique et limité de ces mots

Mais Paul, veuf, ayant un enfant d'un premier mariage, se remarie avec Jeanne; Jeanne est-elle la *belle-mère* de cet enfant du premier lit de son mari? On l'appelle souvent ainsi dans nos habitudes; mais légalement, elle ne l'est pas; elle est sa *marâtre*, qualification qui se prend d'ordinaire en mauvaise part, mais qui désignait spécialement autrefois la seconde femme du père.... *noverca*, en droit romain.

Pareillement Sophie, veuve avec un enfant, se remarie avec Paul; Paul sera-t-il le *beau-père* de cet enfant? pas davantage; légalement, il est son *parâtre*, *vitricus* (Inst., lib. I, tit. x, § 7). L'enfant du premier lit, dans les deux cas, n'est ni le *gendre*, ni la *bru* du second époux de son père ou de sa mère. Les Romains l'appelaient *privignus privigna* (Inst., lib. I, tit. x, § 6, *prius natus*, *prius nata*); et notre ancien droit le désignait sous le nom de *filiâtre* (*Glossaire du droit français*, Loisel, édit. de MM. Dupin et Laboulaye, t. II, p. 447).

Eh bien! tenez pour certain que l'obligation alimentaire n'existe pas entre les *parâtres* ou *marâtres* et les *filiâtres*. Le texte même de l'article 206 s'y refuse; car, même dans les habitudes les plus familières du langage, le second époux qui appelle bien sa *belle-fille* la fille du premier lit de son conjoint, n'appelle jamais, je crois, son *gendre*, un fils de ce premier lit; or, l'article 206 se servant des mots *gendre* et *belle-fille*, corrélativement à ceux-ci : *beau-père* et *belle-mère*, annonce assez qu'il ne comprend que les alliés proprement dits; et cette règle fut, en effet, proclamée au conseil d'État (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 388).

25. — Ce fut même pour écarter toute espèce de doute sur ce point, que la rédaction primitive fut modifiée; mais cette modification elle-même est devenue la cause d'une autre difficulté. Voici en quels termes

était d'abord conçu l'article 2 du projet (correspondant aux articles 205, 206) :

« Les enfants doivent des aliments à leurs père et « mère, et autres ascendants qui sont dans le besoin.

« Les enfants doivent également des aliments *à leurs « alliés dans la même ligne*, à moins que lesdits alliés « n'aient convolé en secondes noces. » (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 379.)

De là il résultait certainement que l'alliance produisait l'obligation alimentaire à tous les degrés de la ligne directe ascendante et descendante, et que, par exemple, l'époux était tenu de fournir des aliments, non-seulement au père et à la mère de son conjoint, mais encore à ses aïeuls et aïeules; comme réciproquement ceux-ci étaient tenus de lui en fournir. On craignit que la généralité de ces mots : *leurs alliés*, ne parût aussi comprendre le *parâtre* et la *marâtre;* et la rédaction fut changée; mais les nouveaux articles se bornant à mentionner les gendres et belles-filles, les beau-père et belle-mère, sembleraient ainsi borner l'obligation au premier degré de l'alliance. Telle est, en effet, la conclusion qu'on a tirée de ce changement (Proudhon, t. I, p. 446; Toullier, t. II, n° 612; Coffinières, *Encyclop.*, v° *Aliments*, n° 19). Cela est grave, sans doute, et même d'autant plus qu'on peut remarquer que nos anciens auteurs, en parlant de l'obligation alimentaire entre alliés, ne mentionnaient aussi déterminément que le gendre et la belle-fille, le beau-père et la belle-mère (Rousseau de La Combe, t. I, v° *Aliments*, sect. 1, n° 2; *Nouveau Denizart*, t. I, v° *Aliments*, § 6, n° 1). Toutefois, je serais très-porté à dire, avec M. Valette, que *c'est peut-être s'attacher bien rigoureusement à la lettre de la loi* (sur Proudhon, *loc. cit.*, note *a*). Il est certain, en effet, que l'unique motif de la modification que le projet a reçue, était étranger à cette question

(Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 388); et rien absolument ne témoigne d'un changement de volonté de la part des rédacteurs sur le point qui nous occupe. Est-ce que d'ailleurs les raisons ne sont pas, pour ainsi dire, les mêmes? Est-ce que le mariage, en associant la destinée des époux, ne les associe pas aux mêmes liens et aux mêmes devoirs? Et l'un des époux, en principe général, peut-il devoir des aliments à une personne par l'effet de la parenté, sans que son conjoint les lui doive aussi par l'effet de l'alliance? Remarquez que l'obligation alimentaire imposée au gendre ou à la belle-fille, suppose que le mariage lui-même dure encore, ou du moins qu'il en existe des enfants; or, est-il possible d'admettre que l'aïeul étant dans le besoin, et ses petits-enfants ne pouvant pas le secourir, le père ou la mère de ces enfants puisse le laisser manquer de pain? N'en voilà-t-il pas assez pour entendre très-largement, eu égard à la pensée du législateur, ces mots : *beau-père* et *belle-mère*, pour les entendre avec cette latitude que comportait toujours en droit romain les mots d'*enfant* et d'*ascendant?* (L. 56, § 1, L. 201, ff. *de Verb. signif.*, etc.; Delvincourt, t. I, p. 87, note 7; Vazeille, t. II, n° 495; Duranton, t. II, n° 206; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 621; Massé et Vergé, t. I, p. 221.)

26. — D'après l'article 206, l'obligation alimentaire résultant de l'alliance, cesse dans deux cas; et alors elle cesse toujours, quelle que soit la situation où se trouvent les parties, lorsque ces deux hypothèses se réalisent : soit que l'obligation ne fût pas ouverte, soit même qu'elle eût pris naissance et qu'un jugement eût condamné l'un à fournir des aliments à l'autre; l'article 206 est en effet absolu.

Le second cas n'est guère susceptible de difficultés; tout le monde reconnaît que cette obligation est éteinte

d'une manière absolue et de chaque côté, lorsque celui des époux, qui produisait l'affinité, et les enfants issus de son union sont décédés.

L'alliance est alors non pas détruite sans doute, mais beaucoup trop affaiblie pour pouvoir produire désormais un tel effet.

27. — Mais le premier cas a soulevé quelques doutes. Voyons donc d'abord à quelles hypothèses s'applique ce numéro de l'article 206, et quels en sont les effets.

A quelles hypothèses? « Lorsque la belle-mère a « convolé en secondes noces. » *La belle-mère....* Donc le second mariage du *beau-père* ne détruit pas l'obligation. Pourquoi cette différence? ce n'est pas seulement parce que la belle-mère perd son nom par ce second mariage, et parce que son nouveau mari doit désormais subvenir à ses besoins; c'est surtout parce qu'elle ne s'appartient plus à elle-même, parce que le montant de la pension alimentaire devrait alors être remis aux mains de son mari, et que la belle-mère n'en aurait personnellement ni la disposition ni peut-être même le profit. Bien différente est la position du *beau-père*, qui est le chef de sa nouvelle famille (*voy.* art 386).

28. — *La belle-mère....* mais c'est la *bru* qui s'est remariée. A-t-elle perdu le droit de demander des aliments à son beau-père et à sa belle-mère?

Il serait très-permis d'en douter : le texte, en effet, semble manquer ici, et ne pas appliquer au second mariage de la bru ce qu'il dit du second mariage de la belle-mère. On peut ajouter que si la bru, qui se remarie, fait aussi tort à ses enfants, elle est presque toujours néanmoins plus pardonnable que la belle-mère, par cela même qu'elle est plus jeune. — Il me paraît toutefois difficile d'admettre cette différence : les motifs vraiment sont les mêmes! Prenez bien garde que ce n'est pas une peine que l'article 206 prononce contre la

belle-mère qui se remarie ; la loi a reconnu seulement que ce nouveau mariage avait affaibli l'alliance et surtout que les aliments ne seraient plus dus, à vrai dire, qu'à son nouveau mari, c'est-à-dire à un étranger ; or, ces considérations se présentent avec une égale force, lorsque la bru se remarie. Si l'article 206 ne s'en explique pas explicitement, c'est qu'il ne s'occupe que du droit de la belle-mère et de l'obligation de la bru ; mais on peut argumenter de l'article 207 combiné avec l'article 206, pour soutenir que *ces obligations* sont aussi réciproques quant à leur durée (Duranton, t. II, n° 421 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 622 ; Massé et Vergé, t. I, p. 221 ; Demante, t. I, n° 289 *bis*, II ; Marcadé, t. II, art. 207, n° 2 ; Coffinières, *Encyclop.*, v° *Aliments*, n° 47).

29. — Le gendre et la bru conservent-ils le droit de demander des aliments à leur belle-mère remariée ? Et pareillement le beau-père et la belle-mère peuvent-ils toujours en demander à leur bru qui a convolé en secondes noces ?

Pour l'affirmative, on invoque le texte et les principes : l'article 206 déclare bien que l'obligation des gendres et belles-filles cesse par le convol de la belle-mère ; mais aucun texte ne fait cesser en même temps l'obligation de celle-ci. Invoquera-t-on l'article 207 ? mais il n'établit la réciprocité que pour *les obligations*, et non point aussi pour les cas *où elles cessent*. Les principes d'ailleurs ne permettent pas que cette déchéance atteigne le gendre et la bru, qui ne doivent pas être privés de leur droit par un fait qui leur est étranger. On voit, en effet, quelquefois ainsi un droit, d'abord réciproque, perdu pour l'un et conservé pour l'autre (art. 299, 300, 1518). La réciprocité est de la nature, mais non pas de l'essence de l'obligation alimentaire ; si un fils avait, par son ingratitude, perdu

le droit de demander des aliments à son père, est-ce que le père aurait aussi perdu son droit contre le fils? (Duranton, t. II, n° 420; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 622; Marcadé, art. 204-207, n° 1; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 614, note *a*; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 358.)

Il me semble toutefois que l'article 207 a plus de portée qu'on ne lui en donne. L'article 206 venait de faire deux choses : 1° de créer l'obligation des gendres et belles-filles; 2° de déterminer deux cas dans lesquels elle cesserait. Vient ensuite l'article 207, qui a précisément pour but de placer le beau-père et la belle-mère vis-à-vis de leurs gendre et belle-fille dans une position réciproquement égale. L'article 207 me paraît en effet, renvoyer à l'article 206 tout entier. Il ne parle, dit-on, que *des obligations!* oui; mais il ne les rend réciproques qu'autant qu'elles résultent *de ces dispositions* (de l'article 206); or, après le nouveau mariage de la belle-mère, l'obligation résultant de l'article 206 n'existe point à la charge du gendre et de la belle-fille; donc, aux termes de l'article 207, l'obligation n'est plus réciproque, et n'existe point à la charge de la belle-mère. Si l'argument que j'essaye de combattre, était fondé, il devrait s'appliquer aussi bien au n° 2 qu'au n° 1 de l'article 206; or, on reconnaît que l'obligation alimentaire a cessé de part et d'autre, lorsque l'époux qui produisait l'affinité, est mort sans enfants; donc, il en doit être de même du second mariage de la belle-mère. — Non pas! dit-on; parce qu'il y a, dans ce dernier cas, un fait personnel de sa part. — Je réponds d'abord que le texte n'admet aucune distinction, et que s'il était vrai que l'article 207 n'établît la réciprocité que *pour les obligations et non pour le cas où elles cessent* (Duranton, *supra*), vous ne pourriez pas distinguer entre les deux cas dans lesquels l'article 206 les

fait cesser. Mais, en outre, qu'est-ce donc, après tout, que ce fait personnel qu'on reproche si fort à la belle-mère? Elle s'est remariée! mais cela n'est pas un méfait, sans doute. D'où vient donc que l'obligation alimentaire va cesser? de ce que ce nouveau mariage a affaibli et relâché l'alliance; or, cet effet est réciproque. Je sais bien que le convol du beau-père n'éteint pas l'obligation alimentaire; mais j'ai dit les motifs de différence; et il n'en résulte pas qu'il faille traiter la belle-mère remariée comme une coupable, et la déclarer grevée toujours de l'obligation, lorsqu'on lui enlève le droit qui y est corrélatif. Je crois, en effet, que la réciprocité, si elle n'est pas essentielle à l'obligation alimentaire, ne doit être néanmoins que très-rarement et très-difficilement méconnue (comp. Delvincourt, t. I, p. 87, note 10; Coffinières, *Encyclop.*, v° *Aliments*, n° 46; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. I, p. 221; Demante, t. I, n° 289 *bis*, II.)

30. — Voyez, en effet, où peut mener l'opinion contraire! La belle-mère remariée est redevenue veuve; cet événement ne lui rend pas le droit que l'article 206 avait fait cesser en termes absolus et définitifs. Eh bien! pourtant elle demeurerait toujours obligée, elle! de fournir des aliments à son gendre et à sa belle-fille, tandis que ceux-ci seraient toujours dispensés de lui en fournir dans la situation nouvelle où elle se trouve, alors qu'il n'y aurait plus aucun motif à cette inégalité. Cela serait-il logique et équitable?

31. — Au reste, il est certain que, dans tous les cas, l'obligation alimentaire demeure toujours réciproque entre la mère, qui se remarie, et ses enfants d'un précédent mariage. L'article 206 ne s'applique en effet qu'aux alliés; et le motif de cette différence est facile à comprendre (Colmar, 5 janv. 1810, Nagel, Sirey, 1812, II, 352).

Ajoutons même qu'il pourra en résulter que le gendre ou la belle-fille, qui ne devrait plus personnellement d'aliments à sa belle-mère, ou qui ne serait plus fondé à en exiger d'elle, se trouvera de fait appelé à supporter l'obligation qui continue de peser sur son conjoint, ou à profiter du droit que ce conjoint conserve toujours aussi réciproquement (art. 1409-5°; Poitiers, 25 nov. 1824, Bruneleau C. Greleau, Sirey, 1825, II, 304; Duranton, t. II, n° 421; Vazeille, t. II, n° 496).

32. — Le Code Napoléon n'a pas déterminé l'ordre dans lequel les différentes personnes, auxquelles il impose l'obligation alimentaire, devraient être tenues de l'acquitter. Est-ce à dire qu'elles sont toutes obligées en même temps et simultanément?

Une telle conclusion serait tout à la fois contraire aux traditions de l'ancien droit, aux principes de la matière, et certainement aussi à l'intention des nouveaux législateurs. On s'accordait autrefois à reconnaître que la dette d'aliments ne pesait pas concurremment sur tous ceux qui peuvent en être tenus (Pothier, n°s 387 et 393; *Nouveau Denizart*, t. I, v° *Aliments*, § 4, n° 2); la raison et l'équité veulent en effet qu'il en soit ainsi. Cette dette est fondée sur deux causes : d'abord, et avant tout sans doute, sur des devoirs d'affection et d'assistance; et puis, à certains égards, sur la maxime : *Ubi emolumentum, ibi onus*. La loi civile, qui appelle les descendants et les ascendants à se succéder les uns aux autres, a pu justement, par une sorte de compensation, consacrer entre eux aussi cette obligation réciproque; or, d'une part, les devoirs d'affection et de dévouement sont plus ou moins sacrés, suivant le caractère du lien et la proximité du degré; d'autre part, toutes les personnes que l'obligation alimentaire peut atteindre, n'ont pas,

dans les successions *ab intestat* une vocation héréditaire égale; donc, il était logique et équitable de ne pas les soumettre toutes également à cette obligation, et d'établir entre elles une graduation, un ordre successif (L. 8, ff. *de agnos. et alend. Lib.*).

Quel doit être cet ordre?

Les motifs mêmes, par lesquels je viens d'en démontrer la nécessité, établissent ce qu'il doit être; aussi est-on généralement d'accord sur ce point, sauf pourtant quelques dissidences que je vais faire connaître.

33. — Mais d'abord constatons bien ici une règle importante de ce sujet, savoir : qu'il ne faut considérer effectivement comme débiteurs de l'obligation alimentaire que ceux qui sont en état de l'acquitter. La dette elle-même, je le répète, n'existe qu'à la charge de ceux qui peuvent secourir l'indigence de leur parent ou allié; et s'ils ne le peuvent que dans une certaine mesure, il n'y a dette de leur part que jusqu'à concurrence de leurs moyens. Remarquez, en effet, qu'il ne s'agit pas ici d'une obligation conventionnelle, d'une dette contractuelle! c'est une obligation purement légale, qui n'a elle-même d'autre cause qu'une obligation purement naturelle; or, l'obligation naturelle de venir en aide à l'indigence, n'existe très-certainement qu'autant qu'on le peut. Voilà ce que les articles 208 et 209 déclarent en termes formels. — Et je n'hésite pas à ajouter que celui dont les biens seraient d'une discussion difficile, pourrait même être, vis-à-vis du demandeur en aliments, considéré comme n'étant pas en état de lui en fournir, sauf le recours du parent ou de l'allié qui serait condamné à la pension alimentaire, au lieu et place de celui qui en était le débiteur avant lui, et dont la fortune embarrassée a fait passer la condamnation sur un autre. Je reviendrai bientôt sur ce point.

34. — Remarquons même encore que les descendants, les ascendants ou les alliés ne sont tenus de fournir des aliments qu'autant que leur parent ou allié n'a pas un conjoint en état de lui subvenir.

La dette de l'époux est certainement la première de toutes (art 212, 1448, etc.). « Il faut qu'il soit prouvé que le mari est hors d'état de venir au secours de sa femme, et réciproquement.... » (*Nouveau Denizart*, t. I, v° *Aliments*, § 5, n° 5; comp. Rouen 2 mai 1857, Beuzelin, Dev., 1858, II, 377.)

35. — Voici maintenant dans quel ordre et comment les différentes personnes, auxquelles l'obligation alimentaire est imposée, me paraissent devoir en être tenues :

1° Les parents d'abord, et subsidiairement les alliés : — parce que le devoir est plus impérieux entre les parents qu'entre les alliés; parce que les parents succèdent aux parents, et jamais les alliés; parce que le Code Napoléon lui-même témoigne de sa volonté à cet égard, en imposant tout d'abord l'obligation aux parents (comp. art. 205, 206).

Nous devons dire toutefois que la doctrine contraire est appuyée sur des autorités considérables. (Comp. Cass. 17 mars 1856, De Claybrocke, Dev., 1856, I, 487; Paris 30 frim. an XIV, Dev. et Car., *Collect. nouv.* 2, II, 100; Chardon, *de la puiss. Pater.* n° 282.)

2° Parmi les parents, les descendants d'abord, et subsidiairement les ascendants : — parce que si l'obligation naturelle est dans ce cas à peu près la même, les descendants succèdent de préférence aux ascendants (art. 745), et que c'est le cas d'appliquer la règle : *Quem sequuntur commoda, eundem sequi debent incommoda.*

3° Parmi les alliés, ceux de la ligne descendante avant ceux de la ligne ascendante : — parce que si la

privation de tout droit héréditaire est égale, le devoir moral paraît alors plus étroit de la part des alliés de la ligne descendante; parce que d'ailleurs l'alliance étant une imitation de la parenté, doit en général lui emprunter, par voie d'analogie, ses effets, et qu'il est rationnel que les alliés de la ligne descendante soient tenus avant ceux de la ligne ascendante, comme les descendants sont tenus avant les ascendants.

Voilà nos différents débiteurs classés par catégories, et dans un ordre successif; nous ne devrons donc les rechercher que successivement, et les uns à défaut des autres.

Mais, dans chaque catégorie, suivant quel ordre seront tenues les différentes personnes qui peuvent s'y trouver?

La réponse est déjà faite aussi par les motifs qui précèdent; il faut donc, dans chaque classe, rechercher d'abord, soit les plus proches, soit surtout ceux qui, étant héritiers présomptifs du demandeur en aliments, auraient pu recueillir ses biens en cas de prospérité. — Ainsi le père doit s'adresser à son fils avant d'arriver à son petit-fils, etc.; le fils doit s'adresser à son père avant d'arriver à son aïeul, etc. — De même, par raison d'analogie, entre les alliés soit de la ligne descendante, soit de la ligne ascendante (comp. Marcadé, art. 205, 206, n° 3; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 624; Massé et Vergé, t. I, p. 223; Demante, t. I, n° 290 *bis*, I).

36. — Que décider, toutefois, si, dans la même catégorie, il se trouve des parents à des degrés différents, les uns plus proches, les autres plus éloignés, mais néanmoins tous héritiers présomptifs du demandeur des aliments?

La question peut s'élever dans deux cas;

1° Paul a son fils et un petit-fils d'un autre enfant

prédécédé. — Le petit-fils doit-il des aliments à son aïeul, en même temps et au même titre que le fils en doit à son père?

Toullier (t. I, n° 613), invoquant l'autorité de l'ancien droit, enseigne que le fils est alors seul obligé.

Je ne partage pas cet avis; mais je dois convenir que ce n'est peut-être pas justement qu'on a reproché à l'illustre auteur de s'être prévalu de notre ancienne jurisprudence (Duranton, t. II, n° 394; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 625).

S'il est vrai que Pothier s'exprime à cet égard d'une façon ambiguë (n° 393), le *Nouveau Denizart* est au contraire fort explicite dans le sens de l'opinion professée par Toullier : « Il faut observer que ceux qui sont dans un degré plus éloigné, ne sont tenus de contribuer pour rien à nourrir leurs ascendants, tant qu'il y a des descendants plus proches qu'eux en degré; *la représentation n'a pas lieu à cet égard.* » (T. I, v° *Aliments*, § 4, n 2.) Quoi qu'il en soit, je crois que le petit-fils étant alors héritier présomptif aussi bien que le fils (art. 739-745), devrait être tenu aussi bien que lui de la dette alimentaire; et cela, lors même qu'il aurait renoncé à la succession de son père prédécédé; car il est tenu de son propre chef; car c'est lui finalement qui recueillerait la succession de l'aïeul, si elle était avantageuse (Amiens, 11 déc. 1821, Caillet C. Sueur, Sirey, 1822, II, 303; Vazeille, t. II, n° 491).

37. — 2° Pierre a son père et ses aïeul et aïeule maternels, sa mère étant prédécédée. Il est dans le besoin; la dette alimentaire pèse-t-elle également sur son père et sur ses aïeul et aïeule maternels, ou le père seul en est-il tenu?

Que Toullier, se décidant encore ici par la proximité du degré, mette l'obligation à la charge exclusive du

père, cela se conçoit ; les deux solutions sont logiques. Mais il est permis de s'étonner que MM. Duranton (t. II, n° 289) et Vazeille (t. II, n° 490), après avoir d'abord déclaré que le petit-fils est tenu concurremment avec le fils, déclarent au contraire que l'aïeul maternel n'est pas tenu concurremment avec le père, ou l'aïeul paternel avec la mère. Les mêmes motifs me paraissent exiger ici la division de la dette d'aliments ; et je crois que le sentiment contraire n'est fondé que sur la confusion du devoir d'éducation imposé exclusivement au père ou à la mère par l'article 203 jusqu'à la majorité de l'enfant, avec l'obligation alimentaire proprement dite imposée par les articles 205 et 207 à tous les ascendants sans distinction (*supra*, n° 2 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 625 ; Massé et Vergé, t. I, p. 223 ; Marcadé, t. II, art. 207, n° 3).

38. — Remarquons enfin que l'argument déduit des droits de successibilité, devra servir aussi à déterminer la proportion, suivant laquelle les divers débiteurs de l'obligation alimentaire devront en général y contribuer. Il sera logique de s'attacher aux règles du partage des successions (art. 743-745); et, par exemple, plusieurs petits-enfants d'un enfant prédécédé ne devraient y contribuer tous que pour moitié, s'ils se trouvaient débiteurs concurremment avec un enfant du premier degré.

39. — Telles sont les seules personnes entre lesquelles existe l'obligation légale de se fournir réciproquement des aliments. Ce sont, en résumé, les ascendants et les descendants, et les alliés dans la même ligne.

Nul autre parent ne pourrait être juridiquement contraint à secourir son parent dans le besoin : pas même le neveu et la nièce envers leurs oncle ou tante ; pas même le frère germain envers son frère ou sa sœur !

Il n'y aurait là qu'une obligation imparfaite, à laquelle la loi n'a pas cru devoir imprimer la sanction de la puissance publique. Car on ne peut nier que cette obligation, si respectable qu'elle soit, n'ait quelque chose d'exorbitant, lorsqu'elle devient une obligation positive et juridique.

40. — Mais du moins l'obligation alimentaire est-elle transmissible aux héritiers ou successeurs universels de celui qui en était tenu ?

De la part du *créancier*, tout le monde convient qu'elle est essentiellement personnelle et intransmissible.... *Constat enim alimenta cum vita finiri* (L. 8, § 10, ff. *de Transact.*).

C'est au contraire une question fort controversée en ce qui concerne *le débiteur*.

Prenons un exemple : Paul a deux petits-fils d'un fils prédécédé. L'un d'eux meurt après avoir institué un étranger son légataire universel, privant ainsi de tout droit à sa succession et son frère et son aïeul (art. 746, 748, 750, 915). Je demande si Paul peut réclamer des aliments contre le successeur universel de son petit-fils ; supposons, pour écarter toute autre difficulté, que son petit-fils survivant est hors d'état de lui en fournir.

Cette question peut s'élever dans plusieurs hypothèses différentes qui la rendent plus ou moins délicate ; aussi a-t-elle été, suivant les cas, très-diversement résolue. Voici, en effet, quelle peut être la position de l'aïeul au moment de la mort du petit-fils :

1° L'aïeul n'était pas encore dans le besoin ; son dénûment n'est survenu que depuis ;

2° L'aïeul était déjà dans le besoin ; mais sa créance alimentaire contre son petit-fils n'avait été reconnue ni par un jugement ni par un traité ; il n'avait pas même formé de demande ;

3° L'aïeul était déjà dans le besoin, et il avait formé une demande contre son petit-fils;

4° Enfin, non-seulement l'aïeul était dans le besoin, mais sa créance alimentaire avait été reconnue par un jugement ou par un traité.

Trois opinions sont en présence : l'une, qui n'accorde jamais aucun droit à l'aïeul contre le légataire universel du petit-fils ; l'autre, qui lui accorde toujours le même droit que contre le petit-fils; la troisième enfin, qui distingue entre les différentes hypothèses qui précèdent.

A. La première opinion, dis-je, déclare toujours éteinte, par la mort du débiteur, l'obligation alimentaire, lors même qu'elle aurait été reconnue et fixée par un arrangement amiable ou par une décision judiciaire. Cette opinion peut paraître très-dure; et pourtant elle est, à mon avis, la seule conforme aux vrais principes du droit civil (*voy.* notre t. II, n° 274) :

1° D'après les articles 205-207, l'obligation alimentaire est imposée uniquement aux descendants, aux ascendants, et aux alliés en ligne directe; or, il n'y a plus désormais ni descendant ni ascendant, ni petit fils, ni aïeul; donc, les articles mêmes de la loi résistent à toute action alimentaire de cet étranger contre un étranger!

2° D'où dérivait en effet, essentiellement, uniquement, la dette alimentaire du petit-fils envers son aïeul? de sa qualité même de petit-fils, des devoirs de piété et d'assistance qu'elle engendre, *ex officio pietatis* (L. 5, § 17, ff. *de agnos. et alend. Lib.*) ; or, cette qualité et ces devoirs sont assurément tout à fait personnels et intransmissibles! Comment et à quel titre serait tenu cet étranger légataire universel? de son propre chef? c'est impossible! Du chef de son auteur? mais cet auteur lui-même n'était tenu que par suite d'un

lien qui s'est brisé avec lui! mais la seule cause efficiente et le principe unique de son obligation a péri!

3° On invoque les articles 724, 1009 et 1012; c'est là, dit-on, une charge de la succession, une dette héréditaire comme une autre! — Oh! non, certes; la dette d'aliments n'est pas une dette comme une autre! Bien différente de l'obligation contractuelle qui lie en effet le débiteur et ses héritiers et ayants cause (comp. art. 724, 1122), l'obligation dont il s'agit est purement légale; elle ne procède que de la loi, et la loi, encore un coup, ne l'impose qu'au parent envers son parent, qu'à l'allié envers son allié! Elle n'en fait pas une dette permanente et perpétuelle, une dette du patrimoine, mais uniquement une dette viagère, une dette de la personne. Ce n'est, en effet, que l'accomplissement d'un devoir tout à fait personnel qu'elle exige (art. 371); et si la loi civile lui prête sa sanction, c'est surtout dans un intérêt d'ordre public! c'est qu'il serait déplorable de voir un fils refusant du pain à son père! Mais tous ces motifs ont cessé par la rupture du lien; nous n'avons plus en présence ces deux personnes, dont l'une n'aurait pas pu refuser ses secours à l'autre sans un scandale public! donc, la cause même de l'obligation a cessé. Quoi! le gendre lui-même est personnellement dispensé de fournir des aliments à son beau-père, lorsqu'il a perdu sa femme et qu'il n'y a point d'enfant du mariage! Eût-il encore sa femme et ses enfants, il n'en devra plus à sa belle-mère remariée (art. 206). La pension alimentaire déjà accordée cesserait dans ces deux cas; et vous ne voulez pas que la mort même du parent ou de l'allié débiteur l'éteigne!

4° Est-ce que les dissentiments mêmes qui divisent les partisans de l'opinion contraire, ne prouvent pas combien cette obligation est personnelle et *personna-*

lissime! ceux-ci voulant qu'elle passe toujours aux héritiers du débiteur; ceux-là exigeant que les besoins du créancier fussent déjà nés avant le décès du débiteur; d'autres enfin voulant, en outre, qu'un jugement les ait reconnus. Est-ce que ces dernières opinions n'avouent pas ainsi elles-mêmes la personnalité de la dette? Mais le caractère de la dette ainsi reconnu, qu'importe qu'un jugement ou un traité l'ait constatée et fixée? Je me suis déjà expliqué sur cette prétendue novation judiciaire, que l'on voudrait encore invoquer ici (t. III, n° 359). L'obligation alimentaire, même après le jugement, n'en est pas moins toujours la même: toujours purement légale, toujours fondée sur les liens de parenté ou d'alliance, toujours donc aussi personnelle!

5° Voici surtout un argument qui me touche : c'est qu'il me paraît impossible d'imposer l'obligation alimentaire au successeur du petit-fils, sans la dénaturer, sans la métamorphoser complétement. Cette obligation, en effet, est réciproque (art. 207) ; le petit-fils ne devait des aliments à son aïeul qu'à la condition que son aïeul lui en fournirait à son tour, s'il se trouvait lui-même dans le besoin; et l'article 209 déduit de ce caractère de réciprocité une conséquence logique et nécessaire, en déclarant que « lorsque celui qui « fournit ou celui qui reçoit des aliments est replacé « dans un état tel que l'un ne puisse plus en donner, ou « que l'autre n'en ait plus besoin en tout ou en partie, « la décharge ou réduction peut en être demandée. » Eh bien! supposez que cet étranger, légataire universel, éprouve une diminution de fortune, ou se trouve lui-même dans le besoin, pourra-t-il demander contre l'aïeul, ou plutôt contre celui qui était aïeul, la réduction ou la décharge de la pension alimentaire? Si vous dites oui, je réponds que l'article 209 est fondé sur la réci-

procité de l'obligation; comme celui qui fournit les aliments aurait droit lui-même d'en demander à celui qui les reçoit, il est clair qu'il peut, à plus forte raison, demander de ne pas lui en fournir, s'il n'en a pas les moyens; c'est une application de la maxime: *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio;* or, cette réciprocité, cette espèce d'obligation de garantie manque totalement dans notre hypothèse; donc, l'article 209 ne serait pas applicable, et il semble bien, en effet, que si cette obligation passe au successeur du parent, elle devrait être désormais invariable. Mais qu'arrive-t-il alors? c'est que vous scindez les effets de la parenté, qui existait entre l'aïeul et son petit-fils, pour transmettre seulement au successeur de celui-ci ceux qui lui sont défavorables, pour faire d'une obligation toujours réciproque et variable, une obligation unilatérale et invariable. Ce n'est pas tout: je suppose qu'on ait cru pouvoir décharger le légataire universel de la pension alimentaire, soit parce qu'il n'avait pas les moyens de la payer, soit parce que l'aïeul n'en avait plus besoin; l'aïeul pourra-t-il obtenir ensuite une pension nouvelle, si le légataire revenait à meilleure fortune, ou si l'aïeul lui-même retombait dans l'indigence? Il semble encore qu'il faudra répondre que la dette aura été alors éteinte définitivement. Mais n'est-ce point là une preuve nouvelle que tout est changé, et qu'en vérité ce n'est pas l'obligation du petit-fils que vous avez transmise à son légataire, mais une obligation nouvelle et toute différente que vous avez créée contre lui? Ajoutez même encore que le mode de prestation autorisé, dans certains cas, par les articles 210 et 211, serait alors tout à fait impossible.

6° Ces motifs me paraissent déterminants; et, je le répète, théoriquement, cette doctrine est, à mes yeux,

la plus juridique. D'où vient donc que, pendant très-longtemps, elle n'a pas eu de défenseur? ne serait-ce point de ce que, dans les hypothèses où la question s'élève, la loi elle-même aurait eu le tort de ne point faire assez, ou plutôt de ne rien faire en faveur de certaines personnes très-dignes pourtant de sa protection et de sa justice? Et n'aurait-on pas été entraîné, afin de réparer cette lacune, à étendre au delà de ses limites et à dénaturer l'obligation alimentaire?

La question qui nous occupe peut s'élever, en effet, surtout : 1° au profit des aïeul ou aïeule, dépouillés par un petit-fils dont ils n'étaient pas héritiers, à cause de la présence d'un frère du défunt; 2° au profit de l'époux survivant, auquel son conjoint prédécédé n'aurait pas laissé de quoi vivre. Je crois fermement qu'il convenait, qu'il était moral et nécessaire d'assurer, dans tous les cas, quelque droit aux aïeuls et à l'époux sur la succession de leurs petits-enfants ou de son conjoint; et quand il arrive qu'un aïeul ou un époux indigent vient réclamer des aliments contre le successeur de son petit-fils ou de son conjoint, il y a là une situation si triste et si injuste, on regrette si fort que la loi n'ait rien fait pour eux, que le sentiment d'humanité l'emporte alors sur les principes. Et la loi ne leur ayant point accordé de droit héréditaire, la seule chose possible en présence de cette succession ouverte! (arg. des articles 762-764), on leur accorde une créance alimentaire, *ex officio pietatis*, créance impossible, selon moi, après la rupture du lien de parenté. Si l'opinion contraire était véritablement logique, est-ce qu'elle ne devrait pas aussi accorder des aliments au fils contre les successeurs du père? Le fils, par exemple, a reçu sa réserve entre-vifs à titre d'avancement d'hoirie, et il l'a dissipée;

il faudrait lui accorder des aliments contre les autres successeurs de son père; et telle était effectivement autrefois l'avis de Lapeyrère (t. I, n° 66, p. 218). Bien plus, le fils qui, après avoir recueilli sa part dans la succession paternelle, tomberait ensuite dans l'indigence, devrait aussi avoir le droit de demander des aliments, au moins pour une certaine part, aux autres successeurs ; car l'obligation alimentaire n'est pas une de celles qu'on acquitte en une seule fois, et qui se puisse racheter ou amortir; le père, lui! même après les plus grands sacrifices faits pour son fils, devrait encore le nourrir; et si son obligation a passé à ses successeurs, ceux-ci lui devraient, même dans ce cas encore, des aliments. On ne le dit pas alors pourtant; mais pourquoi? parce que l'hypothèse a cessé d'être favorable et que rien ne s'oppose plus au triomphe des véritables principes.

Enfin est-ce que l'ancien article 301, relatif aux effets du divorce, ne fournit pas une dernière preuve encore à l'appui de la thèse que je soutiens? Quoi! l'obligation alimentaire s'éteignait entre les époux eux-mêmes, devenus étrangers l'un à l'autre par la dissolution du mariage ; et on prétend que cette obligation ne s'éteint point par le décès de l'un d'eux! Je dis que le divorce y mettait fin; et la preuve en est dans l'article 301, qui avait cru devoir apporter à ce principe une exception de faveur pour l'époux seulement qui avait obtenu le divorce.

Tels sont les motifs qui me portent à dire que cette première opinion est la seule logique, la seule juridique; le droit romain lui-même le déclarait dans la loi précitée (L. 5, § 2, ff. *de agnos. et alend. Lib.*) qui ne faisait à la règle qu'une exception de faveur; et Lebrun écrivait aussi, dans notre ancien droit, que si l'opinion contraire est plus équitable, *elle n'est pas régulière*

(*des Successions*, liv. I, chap. v, sect. VIII, n°s 32, 33). Mais j'ai annoncé déjà qu'elle n'a point aujourd'hui de partisans; voyons donc celle qu'il faudrait préférer parmi les autres.

Voilà ce que nous écrivions dans notre première édition; et c'est pour nous une vive satisfaction de pouvoir dire que la doctrine que nous avons défendue a été depuis consacrée par d'imposants suffrages. (Comp. Orléans, 24 nov. 1855, Tascheau, Dev., 1856, II, 385; Cass., 8 juill. 1857, Pipet, Dev., 1857, I, 809.)

Tel est aussi le sentiment des savants annotateurs de Zachariæ, MM. Massé et Vergé (t. I, p. 222; ajout. Dalloz, 1857, I, 351, *Observations* sur l'arrêt précité du 8 juill. 1857).

41. — B. Voici venir maintenant la seconde opinion, extrême à son tour en sens contraire, qui enseigne que l'obligation alimentaire passe toujours aux héritiers, lors même que les besoins de celui qui réclame, n'étaient pas nés avant la mort de celui qui pouvait en être tenu : les obligations qui dérivent de la loi doivent être apparemment aussi fermes et aussi durables que celles qui résultent d'un contrat; or, l'obligation conventionnelle par laquelle une personne se serait engagée à fournir des aliments à une autre, lorsque celle-ci se trouverait dans le besoin, passerait à ses héritiers, quand même elle décéderait avant que les besoins du créancier conditionnel fussent nés; donc, il en doit être ainsi de l'obligation imposée par la loi. C'est qu'en effet le dénûment de celui qui a droit aux aliments, n'est autre chose qu'une condition à laquelle est subordonnée la dette alimentaire, condition qui, une fois accomplie, rétroagit *au jour auquel l'engagement a été contracté* (art. 1179; Delvincourt, t. I, p. 87, note 5; Duranton, t. II, n° 407; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. IV, n°s 1818, 1819). — J'ai déjà ré-

pondu d'avance à ce moyen : non, l'obligation purement légale d'aliments ne saurait être comparée à une obligation contractuelle. Est-ce que vous croyez, par exemple, que les aliments qui ne sont dus que *ex officio pietatis*, soient susceptibles de s'arrérager comme les annuités dues à titre d'aliments par contrat ? la négative est certaine (Paris, 4 déc. 1832, de Monistrol, Dev., 1834, II, 48). Et pourquoi ? parce que c'est là une dette fondée uniquement sur la nécessité ; parce que dès lors la cause de cette dette, sa cause efficiente et génératrice est cette nécessité même, c'est-à-dire le dénûment du parent ou de l'allié. D'où il résulte qu'il n'y a ici aucune condition ni aucune rétroactivité possible dans le passé..... *in præteritum non vivimus.*

42. — C. Il faut donc, pour que l'obligation alimentaire passe à l'héritier, qu'elle ait d'abord pris naissance sur la tête de son auteur, dans la personne duquel il est évident qu'elle doit, avant tout, commencer. Telle est la troisième opinion.

Mais quand est-ce que l'obligation alimentaire sera née et devra être considérée comme transmissible héréditairement? Ici les partisans de cette dernière opinion se divisent :

Il en est auxquels il ne suffit pas que les besoins soient nés (Coffinières, *Encyclop.*, v° *Aliments*, n° 33), ou même que la demande d'aliments ait été formée. Ils veulent que la pension alimentaire ait été fixée par un jugement ou par un traité (Vazeille, t. II, n°s 525, 526).

D'autres pensent que l'obligation est née dès le moment même où le dénûment, qui l'engendre et qui donne le droit d'agir en justice, a existé. Et je suis, en ce qui me concerne, tout à fait de cet avis. Je concevrais bien qu'on prétendît que l'obligation est tou-

jours essentiellement personnelle; mais si on la déclare transmissible, il faut, je crois, reconnaître qu'elle se transmet dès qu'elle existe, et qu'elle existe certainement dès que les besoins sont nés : 1° d'après l'article 205, les enfants *doivent* des aliments à leurs père et mère et aux autres ascendants *qui sont dans le besoin;* l'article 206 est conçu dans les mêmes termes; or, nous supposons que le parent était déjà dans le besoin lors de la mort de son parent; donc, *la dette* était déjà née; 2° ce n'est pas en effet le jugement ou le traité qui la crée, cette dette! il la reconnaît; il la déclare; mais elle était préexistante; 3° enfin MM. Aubry et Rau (sur Zachariæ, t. IV, p. 622, 623) remarquent, avec beaucoup de justesse, qu'une solution contraire serait non moins fâcheuse qu'illogique; car il y a, Dieu merci, beaucoup de parents qui, sans jugement et même sans traité, subviennent à l'indigence de leurs parents, et il en résulterait que leur décès priverait de tout secours leurs parents malheureux. Or, je le répète, la transmissibilité de la dette une fois admise, ce résultat serait inique et irrationnel.

Les autorités, sur la discussion qui précède, sont assez difficiles à classer : les unes s'appliquent au conjoint réclamant des aliments contre la succession de son conjoint prédécédé (Cass., 18 juillet 1809, Legge C. Marie, Sirey, 1809, I, 402; Amiens, 28 mai 1825, Lefèvre C. Feniers, Sirey, 1826, II, 58; Caen, 2e chambre, 23 août 1828, Miquelard; *voy.* aussi Cass., 12 déc. 1848, Flamman, Dev., 1856, II, 385 à la note; Cass., 14 juin 1853, Ogereon, Dev., 1853, I, 609; Basnage, t. II, p. 86, qui rapporte un arrêt du parlement de Rouen du 11 avril 1603).

Quelques arrêts ont déclaré l'obligation transmissible dans des cas où elle avait déjà été fixée par jugement; mais peut-on en induire que les magistrats ne l'au-

raient pas également déclarée telle, indépendamment de cette condition, si les besoins étaient déjà nés? C'est ce qui ne me paraît pas démontré (Nancy, 15 nov. 1824, Michel C. Martin, D., 1833, II, 48).

Enfin voici un arrêt qui, dans ce dernier cas, a jugé cette seule condition suffisante (Cass., 8 janv. 1806, Leroyer, Sirey, 1806, II, 68; comp. Marcadé, D., art. 205; Devilleneuve, *Collect. nouv.* 7, II, 441, et 1856, II, 385, *Observations;* Demante, t. I, n° 291 *bis*, II).

N° 2. — *Dans quels cas l'obligation alimentaire prend-elle naissance?*

43. — Les textes mêmes déclarent que les aliments ne sont dus qu'autant que celui qui les réclame *est dans le besoin* (art. 205, 206), et seulement *dans la proportion de ses besoins*, comme aussi de la fortune de celui qui les doit (art. 208, 209).

Celui-là *est dans le besoin* qui ne peut pas pourvoir par lui-même à sa subsistance.

Par lui-même, par ses ressources personnelles, je veux dire : soit par ses biens, soit par son travail et son industrie.

44. — *Par ses biens* : mais est-ce seulement l'insuffisance des revenus qui constitue alors le besoin? ou faut-il, en outre, que celui qui réclame ne puisse pas, avec son capital, se créer d'autres ressources? — Est-ce là uniquement une question de fait que les magistrats doivent apprécier suivant les circonstances? Est-ce au contraire une question de droit, de telle sorte que la Cour suprême pût casser un arrêt ou un jugement, qui aurait considéré comme étant dans le besoin une personne dont les revenus étaient insuffisants, lorsque d'ailleurs elle avait peut-être un capital considérable?

Pour prétendre qu'en droit et légalement, celui-là seul est dans le besoin qui n'a pas, soit au moyen de ses revenus, soit même au moyen de son capital, de quoi vivre, on pourrait raisonner ainsi :

1° Aux termes des articles 205, 206 et 208, il faut que celui qui réclame soit *dans le besoin;* or, d'après leur acception grammaticale non moins que d'après le motif essentiel qui les a dictés, ces mots signifient qu'il doit être *dans le dénûment*, *dans l'indigence*, dans l'impossibilité enfin de pourvoir lui-même à son existence; donc, il n'y a pas lieu à l'application de ces articles, lorsqu'au moyen de son capital ou de son fonds, par une vente, par une constitution de rente ou par tout autre moyen, le demandeur en aliments peut ne pas se mettre à la charge d'autrui.

2° Ne voyons-nous pas que l'immeuble dotal lui-même, cet immeuble inaliénable (art. 1554), peut néanmoins être aliéné pour fournir des aliments à la famille? (Art. 1558.)

3° Objecterez-vous que les aliments sont une charge des revenus, et que c'est uniquement aux dépens des revenus qu'ils doivent être acquittés? — A merveille, si vous posez là une règle d'administration, une règle que chacun, pour être bon père de famille, devra suivre dans le gouvernement de sa propre fortune, et dont la loi elle-même pourra aussi, en ce sens, faire quelquefois l'application (art. 385, 610, 1409, 1448, etc.). Mais cette règle n'est plus de mise lorsqu'il s'agit de savoir s'il y a lieu d'imposer à une personne l'obligation exorbitante de fournir des aliments à une autre!... Eh! mais, le débiteur d'aliments serait tenu lui-même d'entamer, s'il le fallait, son capital pour faire vivre son parent dans l'indigence! (arg. de l'article 1558) et on voudrait ménager le capital de celui-ci! cela serait assurément sans équité et sans logique.

4° Et souvent même l'abus serait intolérable. C'est un homme, par exemple, qui a un terrain nu, *area*, dans une ville, ou un bois de haute futaie, ou un vieux château qui ne rapporte rien et qui coûte beaucoup! Le voilà qui demande des aliments à son fils. N'est-il pas juste que le fils puisse lui répondre : Vendez ce terrain, ou ce bois, ou ce château, et vous aurez de suite un capital productif d'intérêts considérables, et vous serez plus riche que moi!

5° Enfin on peut ajouter que l'article 1094, en permettant à l'enfant de disposer de l'usufruit de la réserve de l'ascendant, fournit encore en ce sens un motif très-puissant.

Cette argumentation est spécieuse; elle a même son côté très-vrai; mais je ne voudrais pas admettre néanmoins sa conclusion.

Est-ce à dire qu'il faut au contraire soutenir théoriquement, en sens inverse, que l'insuffisance des revenus est la seule condition requise pour que le demandeur en aliments soit déclaré être dans le besoin?

On pourrait à la vérité invoquer, en ce sens, l'autorité de Dumoulin : « ... Quia, in materia alimento-« rum, non est alienanda proprietas; debent enim capi « de fructibus tantum. » (Gloss. 6, n° 8, art. 3, *Consuet. Paris.*, tit. *Feud.*, Molin, t. I, p. 147, col. 1.) Cette solution paraît avoir encore aujourd'hui ses autorités et ses partisans (Cass., 13 mars 1813, Lemaître, Sirey, 1813, I, 457; Vazeille, t. II, n° 513; Zachariæ, t. III, p. 697); et même, à ce propos, Toullier a été vivement repris par quelques auteurs pour avoir écrit que « celui à qui il reste quelque bien, ne pouvant obtenir des aliments que sur le fondement de l'insuffisance de sa fortune pour fournir à sa subsistance, ne doit pas être écouté dans sa demande, à moins qu'il

n'abandonne à ses enfants tout ce qu'il possède, à l'exception des meubles de première nécessité. » (T. II, n° 613.) — « C'est évidemment à tort que Toullier enseigne cette proposition, » dit Zachariæ (*loc. cit.*). — « On ne conçoit guère d'où a pu venir à Toullier une telle idée, » ajoute Marcadé (t. II, art. 207, n° 4); et M. Duvergier lui-même, son continuateur, pense aussi dans ses notes sur la sixième édition « que le Code n'exige pas un pareil abandon.... » (N° 613, note 2; ajout. Bordeaux, 16 fév. 1828, Pellet, D., 1828, II, 93.)

En ce qui me concerne, je ne voudrais poser ici aucune règle absolue. Je conviens que le droit de réclamer des aliments n'est pas soumis aujourd'hui à la condition que le demandeur fera l'abandon des biens qu'il peut avoir; notre ancienne jurisprudence exigeait, à la vérité, cette condition (Pothier, n° 390; *Nouveau Denizart*, v° *Aliments*, § 4, n° 5; Furgeole, *des Testaments*, t. III, chap. VIII, sect. I, n° 186); mais le Code Napoléon ne l'a pas reproduite. Le Code Napoléon, avec beaucoup de sagesse, n'a formulé pour ce cas aucune règle absolue, aucune condition rigoureuse et nécessaire ; il a laissé sous l'empire des circonstances un sujet qui, effectivement, ne saurait être, sans des inconvénients très-sérieux, soumis d'avance à des principes invariables. C'est là, en un mot, aujourd'hui une question de fait, et non pas une question de droit. — Cette thèse me paraît très-conforme aux textes mêmes du Code Napoléon, non moins qu'à la raison. *Voyez* les articles 205, 208 et 209 ! ils exigent que le demandeur en aliments soit dans le besoin, mais sans définir, sans déterminer les caractères et les conditions de ce dénûment; donc, ils en laissent aux magistrats l'appréciation discrétionnaire et souveraine. J'ajoute que ce parti est le meilleur, et celui qui permet de satisfaire

le mieux, le plus équitablement, aux besoins si variés des différentes situations qui peuvent se présenter. Je ne dirai donc pas que jamais l'insuffisance des revenus n'autorisera une demande d'aliments, et qu'il faudra que celui qui réclame n'ait pas de quoi vivre aux dépens de son capital; — je ne dirai pas davantage que la seule insuffisance des revenus sera toujours un titre suffisant à une pension alimentaire. A toutes les questions de ce genre, ma réponse sera : voyons le fait. — Vous me dites, par exemple, que le père, demandeur en aliments contre son fils, a un terrain nu, un bois de haute futaie, un vieux château, tout cela stérile et coûteux, tandis que la vente produirait un capital considérable et productif.... Eh bien ! je suis de votre avis, et j'écouterai le fils, qui répondra : vous n'êtes pas dans le besoin ! ou vous n'y êtes que parce que vous le voulez bien, et par une faute évidente d'administration ! vendez donc ! — Mais c'est un enfant de vingt-cinq ans qui a la nue propriété d'un bien, dont l'usufruitier a soixante-dix ou quatre-vingts ans ! Il demande des aliments à son père; celui-ci pourra-t-il lui répondre ? vendez votre nue propriété ! c'est-à-dire, faites certainement un mauvais marché ! faites un contrat aléatoire; tandis qu'en attendant un peu, vous auriez, à coup sûr et sans sacrifice, la pleine et entière propriété ! — Non, je n'écouterai pas alors le père, et l'insuffisance des revenus me suffira, dans ce cas, pour accorder au fils des aliments. — Supposez encore que le demandeur en aliments a des actions dans une compagnie de chemin de fer, ou toute autre; ou bien qu'il a un droit contesté et litigieux; mais ses actions sont en baisse, elles sont au plus bas ! mais son procès n'est pas jugé ! Pourra-t-on lui répondre : vendez vos actions ! vendez vos droits litigieux ! c'est-à-dire, perdez 50 pour 100 peut-être; tandis qu'avec un peu de temps et de pa-

tience, les actions reprendraient faveur et le procès serait gagné? non, je n'écouterai pas non plus cette défense. Et si, dans tous ces cas, il m'est démontré que le demandeur, dans l'état actuel de ses affaires, est effectivement dans le besoin, je lui accorderai des aliments.

45. — Et je les lui accorderai, suivant les circonstances, à telles ou telles conditions qui me paraîtraient possibles et équitables : soit d'une manière absolue, et sans aucune obligation de restitution, comme cela est de règle générale en cette matière (*infra*, n° 72); soit même sous la condition de restitution; car, je le répète, il n'y a point ici, selon moi, de règle absolue. Pourquoi, par exemple, le juge ne pourrait-il pas seulement condamner le défendeur à faire une sorte de prêt au demandeur? vous avez une nue propriété; l'usufruitier est âgé; et vous ne voulez pas vendre! — Très-bien! il est possible que vous ayez raison. — Mais alors, moi, défendeur, je vous offre seulement de vous prêter tous les ans une somme de 1000 ou de 2000 francs, annuités que vous me rembourserez ensuite après la mort de l'usufruitier. Pourquoi donc les magistrats ne pourraient-ils pas consacrer une telle offre? je ne vois pas même ce qui s'opposerait à ce que le défendeur fût autorisé à requérir inscription pour le recouvrement de ces annuités.

Je parlais tout à l'heure de l'hypothèse d'un procès; est-ce que le demandeur ne pourrait pas aussi, dans ce cas, être soumis à la restitution, mais seulement conditionnelle, des sommes qui lui seraient payées à titre d'aliments pendant l'instance; conditionnelle, dis-je, c'est-à-dire s'il gagne son procès? Est-ce que cela ne serait pas équitable, puisque le succès pourrait le rendre, même rétroactivement et dans le passé, plus riche que celui qui lui aurait fourni des aliments? Il

me semble que rien ne s'opposerait à tout ceci; le texte est général; et si les juges peuvent condamner le défendeur à fournir les aliments sans aucune action en répétition, ne peuvent-ils pas *a fortiori* ne l'y condamner que sous la réserve de les répéter, soit dans tous les cas, soit conditionnellement? Je crois pour mon compte que la loi autorise, en pareil cas, tous les arrangements, toutes les combinaisons qui sont utiles, honnêtes, convenables, et qui peuvent soulager l'un en gênant l'autre le moins possible. Est-ce que même l'article 918 ne légitime pas tout exprès ces sortes d'arrangements de gré à gré entre un ascendant et l'un de ses enfants, puisqu'il permet alors aux autres de reconnaître, avant même l'ouverture de la succession, qu'ils ne renferment aucun avantage?

46. — J'ai dit, en second lieu, qu'il faut que le demandeur en aliments ne puisse pas pourvoir à sa subsistance par son travail ou son industrie. Cette condition, de tout temps reconnue (L. 5, § 7, ff. *de agnos et alend. Lib.*; Pothier, n° 385), est aussi morale que légitime; la loi, en effet, ne doit point favoriser le désœuvrement et la paresse, ni surtout en faire une cause d'obligation à la charge d'un tiers! (Nîmes, 20 mai 1807, Nogarède C. Coulet, Sirey, 1807, II, 755; Trèves, 13 août 1810, N... C. Jean N..., Sirey, 1811, II, 59; Paris, 13 avril 1833, Deforestier, D., 1833, II, 131; Cass., 8 juill. 1850, Plantier, Dev., 1851, II, 61).

C'est là d'ailleurs encore une question de fait, dont la loi ne pouvait que laisser aux juges la souveraine appréciation : l'âge du demandeur, sa santé, sa position sociale, son éducation, sa qualité de descendant ou bien d'ascendant, la fortune de celui qui doit les aliments, telles sont les principales circonstances dont il faudra tenir compte (Bruxelles, 19 janv. 1811, R....

C. R..., Sirey, 1811, II, 317; Colmar, 7 août 1813, N. V..., Sirey, 1813, II, 273).

47. — On ne saurait imposer à celui qui réclame des aliments l'obligation de prouver rigoureusement qu'il est dans le besoin. Il est demandeur sans doute, et c'est lui qui affirme (L. 2, ff. *de Probationibus;* art. 1315). Aussi faudra-t-il en effet qu'il fournisse lui-même sur sa position les renseignements qui pourront justifier sa prétention. Mais la vérité est pourtant qu'il affirme un fait négatif (L. 23, Cod. *de Probationibus*); et, sous ce rapport, il est impossible de lui imposer nécessairement le fardeau de la preuve. C'est donc surtout le défendeur qui doit indiquer les ressources, au moyen desquelles le demandeur pourrait se suffire à lui-même; et celui-ci alors devra prouver que ces ressources n'existent pas ou sont insuffisantes (L. 2, ff. *de Exceptionibus;* Colmar, 7 août 1813, N. V..., Sirey, 1813, II, 373; Duranton, t, II, n° 410; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 627, 628; Massé et Vergé, t. I, p. 224; Coffinières, *Encyclop.*, v° *Aliments*, n° 21).

48. — La preuve est faite. Celui qui réclame des aliments, est véritablement dans le besoin. Le défendeur peut-il avoir encore quelque moyen pour faire rejeter la demande?

Je ne le crois pas. Je suppose, bien entendu, que sous le rapport des personnes, la demande est bien formée par celui à qui les aliments sont dus contre celui qui les lui doit. Eh bien! je dis qu'alors, dès qu'il est prouvé que le demandeur est dans le besoin, il n'y a plus pour le défendeur aucun moyen de résistance. Ainsi :

1° Les aliments sont dus, quel que soit l'âge de celui qui les réclame, au jeune homme de trente ans comme au sexagénaire (Colmar, 7 août 1813, N. V..., Sirey, 1813, II, 373).

2° Les aliments sont dus, quelle que soit la cause du dénûment actuel de celui qui les réclame, infirmité, manque d'ouvrage, ou même dissipation et inconduite (arrêt de Colmar, précité; Vazeille, t. II, n° 514).

3° Ils sont dus à l'enfant qui a reçu de ses auteurs une dot ou un moyen quelconque d'établissement, et qui l'a perdu, comme à celui pour lequel ses père et mère n'ont rien fait (Pothier, n° 385).

4° Ils sont dus à l'ascendant par l'enfant qui n'a reçu de lui aucun avantage, comme par celui qui a été doté (Pothier, n° 391); et ils seraient dus également dans tous ces cas, sans distinction, par le gendre à son beau-père ou à sa belle-mère (art. 206).

Dans tous ces cas, l'obligation alimentaire existe : soit parce que les textes mêmes n'admettent aucune de ces distinctions et déclarent absolument que l'un est tenu de fournir des aliments à l'autre lorsqu'il *est dans le besoin* (art. 205-207); soit parce qu'en effet la cause essentielle de cette obligation est dans le lien de parenté ou d'alliance, et que cette cause suffit toujours. L'indigence actuelle, le fait même de l'indigence, telle est, je le répète, la seule cause et l'unique condition de la dette alimentaire. Oh! sans doute, dans la fixation du *quantum* de la dette, on pourra, on devra même avoir égard aux causes de cette indigence et à toutes autres circonstances; on n'accordera, s'il y a lieu, que des secours modiques, et, dans les cas les plus défavorables, que les moyens de vivre strictement nécessaires; on ne les accordera même que temporairement, si la cause du dénûment n'est elle-même qu'accidentelle et temporaire, et si le demandeur peut, dans un certain délai, se procurer les moyens de se suffire à lui-même (Caen, 11 nov. 1845, Le Gendre C. de Malherbe, *Rec. de Caen*, t. X, p. 9).

Ce que je dis, c'est que la dette elle-même existe! c'est qu'il faut que le demandeur, qui est dans le besoin, obtienne ce qui lui est nécessaire pour vivre!

49. — Ces motifs ne me paraissent comporter aucune exception; et je crois que la règle s'applique même au cas où celui qui réclame les aliments, aurait eu les torts les plus graves envers celui qui doit les fournir.

Les ascendants doivent donc des aliments à leur enfant, lors même qu'il s'est marié sans leur consentement et contre leur gré (art. 206, 207; Cass., 7 décemb. 1808, Lambert, Sirey, 1809, I, 38; Bruxelles, 19 janv. 1811, R.... C. R..., Sirey, 1811, II, 317; Caen, 15 avril 1828, G.... C. P..., D., 1830, II, 15; Duranton, t. II, n° 384; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 628; Massé et Vergé, t. I, p. 222.)

50. — L'ascendant doit-il alors des aliments même au conjoint de son enfant et aux enfants issus du mariage? L'arrêt précité de la Cour de Bruxelles paraît avoir jugé la négative : l'article 204 n'accorde à l'enfant aucune action contre ses père et mère pour établissement par mariage; or, cet article serait violé, si les père et mère étaient tenus de pourvoir aux charges d'un mariage contracté par leur enfant contre leur gré. Ne serait-il pas bien dur d'ailleurs pour l'ascendant d'être obligé de nourrir et d'entretenir le conjoint de son enfant, qui peut-être a déshonoré son nom? — Mais pourtant est-ce que ce conjoint n'est pas son gendre ou sa belle-fille? est-ce que les enfants nés de ce mariage ne sont pas ses petits-enfants? est-ce qu'enfin il ne pourrait pas de son côté leur demander des aliments? oui sans doute (art. 205-207); donc, il est tenu aussi de leur en fournir. Autre chose est de fournir une *dot*, autre chose l'obligation alimentaire.

51. — Mais si l'enfant a commis envers son auteur

un fait à raison duquel il serait exclu comme indigne de sa succession (art. 727), conservera-t-il donc le droit de lui demander à lui-même des aliments (Ajout. art. 955, 1046.)

La négative est, je dois en convenir, presque unanimement enseignée.

Le droit romain (L. 5, § 11, ff. *de agnos. et al. Lib.*) et notre ancienne jurisprudence (Pothier, n° 385) prononçaient en effet cette déchéance contre l'enfant qui avait commis envers ses père et mère « une de ces offenses considérables, pour lesquelles les lois prononcent la peine de l'exhérédation. » Est-il juste, est-il moral d'admettre le fils ingrat, qui a méconnu les devoirs de la parenté, à les invoquer à son tour? Et comment se pourrait-il que la loi, qui le prive alors de tout droit héréditaire, même pour cause d'aliments, sur la succession de l'ascendant, lui accordât une action contre l'ascendant lui-même qu'il a outragé? (Comp., Toullier, t. II, n° 614; Duranton, t. II, n°s 385 et 418; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 628, Marcadé, t. II, art. 211, n° 2.)

Voici toutefois les motifs qui me font préférer l'avis contraire :

1° L'obligation alimentaire est créée entre certains parents et alliés par le texte même de la loi; et dès lors elle continuera d'exister tant qu'un autre texte ne la déclarera pas éteinte; or, il n'y a aucun article qui la fasse cesser dans les cas d'indignité prévus par l'article 727; donc, elle continue alors d'exister. « Si les tribunaux adjugeaient des aliments dans ce cas, dit M. Duranton, il serait bien difficile de faire réformer leur décision, attendu qu'aucune loi formelle n'aurait été violée. » N'est-ce pas reconnaître évidemment qu'aucun texte ne fait alors cesser l'obligation, et ne suis-je pas autorisé à répondre qu'une loi formelle

aurait été violée (art. 205-207) si, au contraire, les tribunaux avaient refusé, dans ce cas, des aliments?

2° Aussi, voyez ce qui arrive aux partisans de l'opinion que j'essaye de combattre. C'est qu'une fois entrés dans cette voie, ils ne s'accordent plus entre eux, et que quelques-uns étendent la déchéance du droit de demander des aliments, à tous les faits *qui pourraient motiver aux yeux des magistrats le rejet de la demande* (Duranton, t. II, n° 386). Or, il me semble qu'il y a ici un arbitraire inadmissible.

3° Le texte maintient donc, dans tous les cas, l'obligation; et je pense qu'il est en cela très-sage et très-moral. Pothier lui-même en convenait : « .... Même dans ce cas, selon le for de la conscience, les père et mère ne peuvent pas refuser à leurs enfants les aliments nécessaires; ce serait se rendre en quelque sorte coupable d'homicide devant Dieu : *Necare videtur et is qui alimonia denegat.* » (L. 4, ff. *de agn. et alend. Lib.*) Écoutez même encore le *Nouveau Denizart :* « Les lois, qui ont voulu que le fils pût être déshérité par le père pour certaines causes, n'autorisent le fils, dans aucun cas, à refuser des aliments à son père.... » (T. I, v° *Aliments*, § 4, n° 6). Je demande, en effet, si vous appliqueriez au père lui-même cette déchéance envers son fils? cela serait déplorable ! et pourtant, où est la loi qui autoriserait toutes ces distinctions? La vérité est qu'il y a toujours alors une dette naturelle, une obligation morale.... « .... Licet legum contemptor « et impius sit, tamen pater est.... » (Novelle 2, c. II); aussi nos textes absolus la maintiennent-ils, en effet, toujours. On a jugé, avec raison selon moi, qu'un époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée, même pour cause d'adultère, peut, lorsqu'il est dans le besoin, réclamer des aliments contre l'autre époux (art. 212; Lyon, 16 mars 1835, Dargère, Dev.,

1836, II, 239; Bordeaux, 8 janvier 1838, Blanc, D., 1838, II, 59); or, pourquoi le parent ou l'allié encourrait-il une déchéance que l'époux, si coupable pourtant envers son conjoint, ne doit pas encourir? L'argument tiré de l'article 727 ne me persuade pas; autre chose est le droit de succéder, autre chose le droit de demander des aliments; et j'ai déjà remarqué que l'auteur de la succession pouvait être tenu de l'obligation alimentaire, tandis que ses héritiers eux-mêmes en seraient affranchis. C'est que la dette alimentaire est fondée sur des rapports tout personnels! c'est que précisément elle est inhérente à la qualité respective et au lien réciproque qui unit certaines personnes! c'est qu'enfin ce serait un spectacle odieux que de voir le père réduit au dénûment le plus absolu à côté de son fils dans l'aisance, ou le fils manquant de pain quand le père pourrait lui en fournir! la loi ne saurait admettre un tel excès de représailles! Et après tout, n'est-il pas juste aussi que cette indigence soit secourue par la charité de la famille, plutôt encore que par la charité publique? (Coffinières, *Encyclop.*, v° *Aliments*, n°s 23, 24.)

MM. Massé et Vergé ont aussi adopté cette doctrine (sur Zachariæ, t. I, p. 222.)

N° 3. — *En quoi consiste l'obligation alimentaire? et comment peut-elle être acquittée?*

52. — Le mot *aliments* comprend tout ce qui est nécessaire aux besoins de l'existence : le vêtement, l'habitation, la nourriture (art. 211), et les remèdes en cas de maladie. « Legatis alimentis, cibaria, et vesti- « tus, et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus « non potest. » (L. 6, ff. *de Alim. vel cib. leg.*) —

« .... Et valetudinis impendia.... » (L. 45, ff. *de Usufructu.*)

Telle est l'étendue et aussi la limite de l'obligation alimentaire.

53. — Elle n'emporte donc pas l'obligation de payer les dettes que la personne, à qui les aliments sont dus, pourrait avoir contractées (L. 5, § 16, ff. *de agnos. et alend. Lib.;* Pothier, n° 392; Duranton, t. II, n° 398; Vazeille, t. II, n° 507; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 629; Massé et Vergé, t. I, p. 224.)

54. — Mais cette personne a subi la contrainte par corps? elle est en prison?

Rousseau de La Combe (t. I, v° *Aliments*, § 1, n° 2) rapporte, en l'approuvant, un arrêt du 11 avril 1571, qui a jugé que la dette alors devait être payée par celui qui est tenu de l'obligation alimentaire. Mais cette exception, qui n'était pas, même dans l'ancien droit, unanimement reconnue (Merlin, *Rép.*, t. X, v° *Puissance paternelle*, sect. III, § 3, n° 4), ne pourrait certainement pas être admise aujourd'hui; aucun texte ne l'autorise; bien plus, la comparaison des deux premiers alinéa de l'article 1558 prouve que l'obligation de *fournir des aliments à la famille* ne s'étend pas jusqu'à *tirer de prison* celui à qui ils sont dus; car l'aliénation de l'immeuble dotal n'est autorisée, pour cette cause, que lorsqu'il s'agit de tirer de prison *le mari ou la femme;* et encore peut-on, à bon droit, soutenir que le consentement libre de la femme elle-même serait nécessaire pour l'aliénation de la dot, à l'effet de tirer son mari de prison, et que, par conséquent, l'obligation alimentaire n'irait pas jusque-là, même entre époux (Valin, sur l'ord. de 1681, liv. III, tit. VI, art. 12, 13). C'est qu'en effet une telle obligation serait exorbitante! elle n'aurait point de terme, point de limites, et pourrait rendre, de la manière la plus

inique, celui à qui on l'imposerait, victime de toutes les fautes et de tous les désordres d'un autre! Le fils donc lui-même ne serait pas tenu juridiquement de tirer son père de prison, sauf, comme disait Valin, *à se couvrir de honte*, suivant les circonstances, si, pouvant le faire, il ne le faisait pas (comp. Demante, t. I, n° 294 *bis*, II.)

55. — Mais les dettes ont été contractées pour cause de besoins alimentaires?

Pour prétendre qu'alors même le principe doit être maintenu, on peut dire : le texte des articles 205 et suivants impose au parent ou à l'allié l'obligation de *fournir des aliments* et non pas de payer des dettes antérieurement contractées, pour quelque cause que ce soit. Cette espèce d'obligation, en effet, n'est fondée que sur la nécessité : *Officio judicis ideo alimenta decernuntur ut quis vivat nec fame pereat* (Cod. Fab., lib. IV, tit. VII, def. 20); or, cette nécessité n'existe que pour l'avenir et non pour le passé; donc, l'obligation elle-même ne peut s'appliquer qu'aux besoins à venir.... *nemo enim in præteritum vivit, licet vixerit* (*loc. cit.*). N'y aurait-il pas, d'ailleurs, dans une autre doctrine, beaucoup de fraudes et d'abus à craindre? Comment vérifier dans le passé l'existence des besoins, surtout la sincérité de la cause de la dette? et à combien de temps s'appliquerait cette obligation rétroactive? Il n'y a donc là aucune action possible contre celui qui doit les aliments : aucune action ni de la part de celui à qui les aliments sont dus, parce que pour le passé *il n'est plus dans le besoin;* ni de la part des tiers créanciers, fournisseurs ou autres, soit parce qu'ils n'ont traité qu'avec celui qui est seul leur débiteur (art. 1165), soit parce qu'en tout cas le droit de réclamer des aliments *ex officio pietatis*, est un droit essentiellement attaché à la personne, un droit qu'elle seule

peut exercer, et qui surtout ne devrait pas pouvoir être exercé malgré elle.

Ces motifs sont assurément fort sérieux, et il sera toujours bon d'en tenir compte dans l'examen de ces sortes de questions; mais je n'accepte pas, toutefois, la conclusion absolue à laquelle ils arrivent. Je crois, au contraire, qu'il appartient aux magistrats d'apprécier alors toutes les circonstances du fait, la cause véritable de la dette, son plus ou moins d'importance et d'ancienneté, surtout la nécessité où celui à qui les aliments étaient dus, a pu se trouver de les prendre à crédit; et s'ils reconnaissent que la dette est en effet sérieuse, légitime, modique, ils ont le pouvoir de condamner celui qui doit les aliments à l'acquitter; sans doute *nemo vivit in præterilum;* et l'obligation de nourrir une personne ne s'applique régulièrement qu'à ses besoins à venir. Mais, d'un autre côté, la dette légale d'aliments existe dès que les besoins sont nés, avant tout jugement, avant toute demande (*supra*, n° 41); et, dès lors, on est autorisé à dire que les dettes contractées par celui qui était déjà dans le besoin, contractées, dis-je, pour cause d'aliments, étaient à la charge de celui qui déjà, à ce moment, était débiteur de ces aliments. Cette solution, d'ailleurs, est réclamée par l'équité, par l'humanité. Il ne faut pas priver absolument de tout crédit celui qui, dans sa détresse, ne pourrait pas à l'instant même s'adresser à ses parents ou alliés! Il faut, au contraire, encourager les tiers à le secourir dès qu'ils le font de bonne foi et dans des limites raisonnables (Cass., 14 fév. 1826, Caubotte C. Condom, D., 1826, I, 125; Cass., 3 mai 1842, Bernier C. Crepet, Dev., 1842, I, 493; Caen, 7 mars 1845, Barassin, Dev., 1845, II, 585; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 198; Vazeille, t. II, n° 509; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 225; Aubry et Rau, t. IV, p. 629).

56. — Non-seulement l'obligation de fournir des aliments n'emporte pas celle de payer les dettes ; mais lors même que le créancier de celui qui est dans le besoin, serait précisément le parent ou l'allié qui est tenu de le nourrir, il n'en aurait pas moins le droit de poursuivre sur tous les biens de son débiteur le recouvrement intégral de sa créance. Il n'en était pas ainsi sous la législation romaine, qui ne permettait, en pareil cas, au créancier de poursuivre le débiteur que déduction faite de ce qui lui était nécessaire pour vivre, *ne egeat* (L. 173, ff. *de Reg. jur.* ; L. 30, ff. *de Re jud.*; Inst., *de Act.*, §, 38). Ce *bénéfice de compétence* (comme l'appellent les interprètes) paraît n'avoir jamais été admis dans notre ancienne jurisprudence ; et rien sous le Code Napoléon n'autoriserait à le faire revivre. Proudhon enseigne, toutefois, l'avis contraire : il y aurait contradiction, dit-il, à permettre au créancier d'exproprier alors son débiteur sans lui laisser de quoi subsister, puisqu'il se trouverait obligé de lui rendre d'une main une portion de ce qu'il lui aurait enlevé de l'autre (t. I, p. 450 et *Traité de l'Usufruit*, t. I, n° 157). — La contradiction, disons mieux, la différence peut être suffisamment justifiée : autre chose est de fournir des aliments qui seront réglés par le juge, et payés presque toujours par quartiers et par petites sommes; autre chose de forcer celui qui les doit, de laisser dans les mains de son débiteur une partie des biens qui forment le gage de sa créance, c'est-à-dire un capital que ce débiteur pourra dissiper dès le lendemain, et dont les autres créanciers profiteraient ; ce qui, bien entendu, n'empêcherait pas le débiteur de venir redemander des aliments à celui qui est tenu de lui en fournir (Delvincourt, t. I, p. 88, note 3 ; Toullier, t.II, n° 613 ; Duranton, t. II, n°s 400, 401, Vazeille, t.II, n° 513 ; Valette sur Proudhon, t, I, p. 450, note *a*).

57. — J'ai déjà remarqué que notre ancien droit allait plus loin encore, et qu'alors même que le défendeur à la demande alimentaire n'était pas créancier, il l'autorisait à exiger du demandeur l'abandon des biens qu'il possédait (*supra*, n° 44); mais j'ai dit aussi que cette condition rigoureuse n'existait plus sous le Code Napoléon. Elle pourrait bien avoir, sans doute, dans certains cas, ses avantages; et on conçoit que celui qui déjà subit l'obligation alimentaire, soit légitimement fondé à craindre que cette obligation ne s'aggrave encore par la continuation des fautes ou des désordres de celui qui a déjà dissipé la plus grande partie de son avoir. Mais, d'un autre côté, cet abandon forcé, cette espèce d'expropriation ne reposerait aujourd'hui sur aucun texte; et, dans beaucoup de cas, elle serait aussi pleine de dureté et d'humiliation. Après tout, si ce demandeur en aliments est un prodigue, faites-lui nommer un conseil judiciaire! (Art. 513.)

58. — L'obligation alimentaire peut être acquittée soit en argent, soit en nature.

Le premier mode de prestation est le plus ordinaire; il faut même dire qu'il forme la règle.

Le second ne peut être ordonné que dans les cas et sous les conditions déterminées par la loi; voici, à cet égard, les textes mêmes :

Article 210 : « Si la personne, qui doit fournir les ali-
« ments, justifie qu'elle ne peut payer la pension ali-
« mentaire, le tribunal pourra, en connaissance de
« cause, ordonner qu'elle recevra dans sa demeure,
« qu'elle nourrira et entretiendra celui auquel elle
« devra des aliments. »

Article 211 : « Le tribunal prononcera également si
« le père ou la mère qui offrira de recevoir, nourrir et
« entretenir dans sa demeure l'enfant à qui il devra

« des aliments, devra, dans ce cas, être dispensé de « payer la pension alimentaire. »

59. — Il y a ici un principe et deux exceptions :

Le principe, c'est que celui qui réclame des aliments, n'est pas tenu d'aller les prendre en nature dans la maison de celui qui les lui doit, et qu'il peut, au contraire, exiger une pension en argent.

Il faut excepter :

1° Le cas où celui qui doit les aliments justifie qu'il ne peut pas payer la pension alimentaire;

2° Le cas où le père et la mère, même sans faire cette justification, offrent de recevoir et d'entretenir chez eux leur enfant.

La règle et les deux exceptions me paraissent également sages.

Je trouve très-bien qu'en général celui qui est dans le besoin ne soit pas soumis à la nécessité souvent humiliante d'aller se mettre en pension chez celui qui doit le secourir, et que celui-ci ne soit pas non plus forcé de le recevoir chez lui (Aix, 30 août 1807, Rosselly, Sirey, 1808, II, 109; Bordeaux, 20 juin 1832, dame C..... C. sieur N....., Dev., 1832, II, 468).

Mais, d'une part, à l'impossible nul n'est tenu; et on conçoit qu'il peut être beaucoup moins dispendieux pour le débiteur des aliments, d'avoir dans son ménage une personne de plus à loger et à entretenir, que de prélever sur ses ressources le montant d'une pension en argent, suffisante pour faire vivre cette personne à part et au dehors.... Quand il y en a pour deux, il y en a pour trois !

Et, d'autre part, quand ce sont les père et mère qui offrent de recevoir chez eux leur enfant, cette offre n'a pas dû être soumise nécessairement à la justification de leur impossibilité de payer une pension; car il est beaucoup moins pénible pour l'enfant d'être reçu, de

retourner chez ses père et mère, que pour les père et mère de recevoir de leurs propres enfants une hospitalité imposée par autorité de justice.

Remarquez que tout ceci est d'ailleurs remis à l'appréciation souveraine des magistrats, qui, pour l'une comme pour l'autre exception, doivent toujours décider *en connaissance de cause* (art. 210, 211). C'est ainsi que les tribunaux pourraient rejeter l'offre faite par les père et mère eux-mêmes de recevoir leur enfant, s'il devait être exposé chez eux à de mauvais traitements ou à de fâcheux exemples (Nîmes, 12 fructidor an XII, Dufour, Sirey, an XIII, II, 13; Toullier, t. II, n° 613). C'est ainsi que la présence d'une *belle-mère* devra être prise aussi en grande considération (Poitiers, 25 nov. 1824, Bruneleau, D., 1825, II, 96). Les exceptions subordonnées ainsi aux circonstances, à la position des parties, à leur âge, à leur conduite réciproque, à leurs rapports antérieurs, loin de présenter aucun inconvénient, me paraissent conformes à l'équité, non moins qu'aux convenances et aux habitudes des familles; sous ce rapport, je ne crois pas que notre article 210 ait mérité qu'une loi étrangère le changeât.... *pour éviter toute interprétation vicieuse* (loi napolitaine du 17 oct. 1836, art. 17; *Revue de Droit français et étranger*, 1845, p. 713, article de M. Antoine de Saint-Joseph).

60. — Deux questions, toutefois, se sont élevées sur l'article 211 :

1° L'alternative que cet article accorde aux père et mère, soit de fournir la pension en argent, soit de recevoir chez eux leur enfant, appartient-elle aussi aux aïeuls et aïeules envers leurs petits-enfants?

Non, suivant MM. Aubry et Rau (sur Zachariæ, t. IV, p. 603) : *Exceptio est strictissimæ interpretationis.* On peut dire en effet que la règle est posée par l'ar-

ticle 210 et que l'exception, qui résulte de l'article 211, est conçue en des termes restrictifs; car ces mots : *père et mère,* ne sont pas génériques comme ceux d'ascendant ou d'aïeul (comp. art. 148, 150, 173, 174). Tel est aussi l'avis de Marcadé (t. II, art. 210, 211, n° 1; de MM. Massé et Vergé (t. I, p. 226); de Demante (t. I, n° 293 *bis*, I).

Pourtant l'ancien droit n'avait pas fait cette différence : « Dans l'usage, *les ascendants* ne sont pas tenus de fournir des aliments *aux descendants* hors de leur maison, excepté dans le cas de mauvais traitements de leur part. » (*Nouveau Denizart*, t. I, v° *Aliments*, § 4, n° 5.) Les discussions préparatoires n'annoncent pas qu'on ait eu l'intention d'y déroger. Où en serait d'ailleurs le motif? et quel inconvénient peut-on craindre, puisque le tribunal a toujours la souveraine appréciation des circonstances? Ne serait-il pas dès lors permis de considérer comme seulement énonciatifs ces mots *les père et mère,* qui ont pu se présenter de préférence à la pensée des rédacteurs dans le titre même du mariage? (comp. Vazeille, t. II, n° 516; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 360.)

61. — 2° Les père et mère, qui sont dans l'impossibilité de payer la pension en argent, peuvent-ils être contraints à recevoir chez eux leur enfant ?

La Cour d'Amiens a jugé « qu'il résulte des dispositions combinées des articles 210 et 211, que les père et mère ne peuvent, lorsqu'ils sont hors d'état de fournir des aliments à leurs enfants, être contraints à les recevoir chez eux; qu'en effet l'article 210 dispose d'une manière générale que si la personne, qui doit fournir des aliments, justifie qu'elle ne peut payer la pension alimentaire, le tribunal pourra, en connaissance de cause, ordonner qu'elle recevra dans sa demeure celui auquel elle

doit des aliments; — que l'article 211, au contraire, par exception à ce principe, subordonne le droit pour les tribunaux d'ordonner que les père et mère, dans ce cas, recevront leurs enfants chez eux, au consentement formel de ceux-ci; que le séjour forcé des enfants chez leurs père et mère emporterait avec lui une insubordination et une irrévérence de la part des premiers envers ceux-ci, que dans l'intérêt de la morale le législateur n'a pas voulu autoriser; — qu'en soumettant ces derniers à l'obligation d'avoir sans cesse en leur présence des enfants, qui pourraient être d'autant plus irrespectueux et exigeants, qu'ils auraient été obligés de plaider contre leurs père et mère, et auraient réussi contre eux, on placerait ceux-ci dans une position subordonnée vis-à-vis de ceux-là, et l'on porterait atteinte au principe consacré par l'article 371 du même Code : que l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses parents... » (13 janv. 1838, Gambier C. Pagnier, Dev., 1838, II, 291.)

Je ne saurais adopter cette doctrine, à laquelle on peut, je crois, reprocher : 1° d'être contraire aux textes mêmes de la loi; 2° d'attribuer un effet exagéré à certaines considérations de convenance et de morale, qui ne me paraissent pas même, de tout point, exactes :

1° Le texte ne dit pas ce que l'arrêt lui fait dire. Une seule différence existe entre les articles 210 et 211, et je l'ai déjà signalée. Est-ce tout autre que le père et la mère, qui doit fournir des aliments? il n'a pas de choix; il doit payer une pension en argent, et il faut qu'il justifie qu'il ne peut point la payer, pour que le tribunal soit autorisé à décider qu'il recevra dans sa demeure celui à qui les aliments sont dus (art. 210). — Les aliments au contraire sont-ils dus par les père et mère? ils ont le choix; alors

même qu'ils seraient en état de payer la pension en argent, ils peuvent offrir de recevoir chez eux leur enfant, et le tribunal aussi peut faire alors ce qu'il ne pourrait pas dans les autres cas : il peut contraindre l'enfant à aller recevoir ses aliments chez ses père et mère, quoique ceux-ci ne soient pas hors d'état de les payer en argent (art. 211).

Voilà toute la différence entre l'une et l'autre hypothèse; elle porte sur la nécessité d'une justification, imposée à tous autres qu'aux père et mère par l'article 210, et dont l'article 211 dispense au contraire ceux-ci.

Mais est-ce à dire que si les père et mère, hors d'état de payer la pension en argent, n'offrent pas, du moins lorsqu'ils le pourraient, de recevoir chez eux leur enfant, est-ce à dire que le tribunal ne peut pas, ne peut jamais les contraindre à le recevoir ? La loi ne me paraît pas autoriser du tout une telle solution ; et je crois que la Cour d'Amiens a appliqué ces mots de l'article 211 : *dans ce cas*, à une hypothèse à laquelle ils ne se réfèrent nullement. Ces mots, en effet, n'ont pas pour but de continuer l'espèce prévue par l'article 210, où le débiteur des aliments justifie qu'il est hors d'état de les payer en argent; ces mots placés à la fin de l'article 211, se rapportent à l'hypothèse spéciale de cet article, c'est-à-dire à celle où les père et mère indépendamment de toute justification d'impossibilité de leur part, offrent de recevoir chez eux leur enfant : *dans ce cas*, le tribunal peut prononcer qu'ils sont dispensés de payer la pension en argent. Mais l'article 211 ne renferme rien qui autorise à dire que le consentement des père et mère serait encore nécessaire, dans le cas où ils ne pourraient pas payer en argent les aliments (Proudhon, t. I, p. 451, 452).

2° Je ne suis pas d'ailleurs touché des considérations qui ont été présentées en faveur de cette doctrine. N'oublions point que tout ceci n'a rien de nécessaire ni d'inflexible; les magistrats sont chargés d'apprécier les faits, les circonstances, la position des parties, etc.; et c'est là une garantie très-suffisamment rassurante contre les dangers qu'on signale. Croyez-vous donc que la doctrine absolue de l'arrêt n'ait pas, au contraire, des inconvénients sérieux? Serait-il juste, serait-il moral que des père et mère dénaturés ne pussent pas être contraints, lorsqu'ils seraient en état de le faire, de recevoir chez eux leur enfant infirme, leur fille aveugle par exemple, et qu'il faudrait mettre à l'hôpital, s'ils ne la recevaient pas! — Mais cet enfant va les braver, les insulter par son insubordination! — On verra! on appréciera! Le danger pourra être effectivement à craindre de la part du garçon paresseux et débauché! mais la fille malheureuse pourra n'en être que plus soumise! On verra, je le répète; on appréciera. Comment! vous ne voulez pas que l'ascendant puisse être contraint à recevoir chez lui son enfant; et cependant vous permettez, il le faut bien! de contraindre l'enfant à recevoir chez lui ses père et mère, s'il est dans l'impossibilité de leur payer une pension en argent! Mais en vérité, est-ce qu'alors la position des père et mère n'est pas bien plus pénible! et la puissance paternelle plus compromise! est-ce que les irrévérences et les humiliations ne sont pas beaucoup plus à craindre pour ces malheureux parents, auxquels il a fallu un jugement pour entrer, presque de vive force, chez leur enfant! Le père ou la mère, qui reçoit son enfant, reste chez lui, du moins! il est le maître toujours, et c'est lui qui ordonne dans la maison! ici, au contraire, tous les rôles sont renversés, et c'est l'ascendant qui vient occuper chez l'enfant une position subordonnée. Eh

bien! pourtant, cette situation-là est possible. Or, si celle-là est possible, je dis que l'autre, à plus forte raison, doit l'être. C'est qu'il y a, dans tous les cas, une garantie contre les abus dans le pouvoir discrétionnaire des magistrats. (Comp. Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 227 ; Aubry et Rau, t. IV, p. 630 ; Demante, t. I, n° 293 *bis*, II).

62. — Le montant de la pension alimentaire doit être déterminé suivant les circonstances. Ce n'est là qu'une question de fait. La seule règle que la loi ait pu poser, c'est que les juges doivent prendre pour base deux éléments comparés d'appréciation : d'une part, les besoins de celui qui les réclame, et d'autre part, les facultés de celui qui les doit (art. 208).

Cela, bien entendu, *relativement* et eu égard à la position sociale des personnes, à l'âge, à la santé du demandeur, à sa qualité d'ascendant ou d'enfant, quelquefois même au pays qu'il habite, etc.

63. — Je dis que les aliments doivent être accordés dans la proportion de la fortune de celui qui les doit. Point de difficulté, si une seule personne en est débitrice. Mais supposez plusieurs débiteurs : un père est dans le besoin; et ses trois enfants, ou ses trois gendres, ou ses belles-filles, sont en état de lui fournir des aliments. Ou bien c'est un enfant qui en réclame contre ses père et mère ou ses autres ascendants. Comment régler ces hypothèses? Faudra-t-il condamner chacun des débiteurs pour le tout, sauf son recours contre les autres? ou, au contraire, ne condamner chacun d'eux que pour la part dont il sera déclaré personnellement débiteur?

En d'autres termes :

1° L'obligation alimentaire est-elle solidaire? (Art. 1200 et suiv.)

2° Est-elle indivisible? (art. 1217 et suiv.)

3° N'est-elle ni solidaire, ni indivisible?

1° La solidarité paraît avoir été admise dans l'ancien droit, du moins *entre les enfants* (Pothier, n° 391; *Nouveau Denizart*, v° *Aliments*, § 4, n° 3), et même aussi entre *le père et la mère;* et cette doctrine a trouvé encore, dans notre droit nouveau, de nombreux partisans (Paris, 30 fructidor an XI, Robin, Sirey, 1807, II, 779; Colmar, 24 juin 1812, Hofman, Sirey, 1813, II, 16; Colmar, 23 février 1813, N... C. N..., Sirey, 1814, II, 3; Riom, 15 mars 1830, Trabert, Sirey, 1833, II, 574; Bordeaux, 24 juin 1846, Plantin, Dev., 1846, II, 655; Delvincourt, t. 1, p. 87, note 5; Toullier, t. II, n° 613; Proudhon, t. I, p. 449; Rodière, *Traité de la solidarité et de l'indivisibilité*, n° 158; *voy.* aussi à certains égards Demante, t. I, n° 292 *bis*, I).

2° L'indivisibilité compte aussi d'imposants suffrages; et, il faut bien que je le dise, car c'est là un des arguments mêmes de l'opinion que je vais essayer d'établir, on pourrait citer encore ici plusieurs des mêmes autorités, que tout à l'heure la théorie de la solidarité revendiquait en sa faveur (Rennes, 30 mars 1833, Bailleul, C. Lagrée, Dev., 1834, II, 212; Douai, 9 mai 1853, Gandolfi, Dev., 1854, II, 161; Toullier, t. VI, n° 779; Duranton, t. II, n°s 424, 425; Coffinières, *Encyclop.*, v° *Aliments*, n° 29).

3° Je ne crois pas, pour mon compte, qu'il soit possible de caractériser ainsi, d'une manière théorique et absolue, la dette légale d'aliments; et il me paraît plus vrai de dire, en règle générale, qu'elle n'est ni solidaire ni indivisible.

Elle n'est point solidaire; car, aux termes de l'article 1202, la solidarité ne peut avoir lieu de plein droit qu'en vertu d'une disposition de la loi; or, aucun texte n'a établi, pour ce cas, la solidarité.

Elle n'est point indivisible; car l'objet même de cette

obligation est très divisible; et c'est Dumoulin lui-même qui le déclare : « Quamvis enim quis pro parte « vivere non possit, tamen alimenta dividua sunt : id « est, res quibus alimur pro parte sive ab uno sive « a pluribus præstari possunt, ut natura et experientia « docent. » Si cet auteur enseigne qu'il est néanmoins au pouvoir du juge d'ordonner que la pension alimentaire sera payée par un seul des obligés, sauf son recours contre les autres, il a soin d'ajouter en même temps que tel n'est pas l'effet de la nature même des choses ni du caractère de l'obligation : « Hoc autem fit « officio judicis, quia vi ipsa nemo plurium debet in « solidum. » (Dumoulin, *de Divid et Individ.*, t. III. n°s 224 et 238, p. 150 et 152.)

Et non-seulement il n'y a aucun texte qui déclare cette obligation solidaire ou indivisible; mais un texte tout à fait contraire se trouve dans notre article 208, qui ne permet de condamner, en aucun cas, le débiteur d'aliments que dans la proportion de sa fortune personnelle.

D'où vient donc que cette doctrine de la solidarité ou de l'indivisibilité de l'obligation alimentaire a pu d'abord s'établir autrefois et se perpétuer de nos jours encore sous l'empire des nouveaux textes? Cela vient, je pense, de ce que, dans les hypothèses de ce genre, il peut paraître *quelquefois* possible et même équitable de condamner l'un ou plusieurs des débiteurs pour le tout, sauf recours contre les autres. Voilà un père, par exemple, qui réclame des aliments contre trois fils également riches; chacun d'eux est en état de fournir séparément, et pourrait même supporter seul en définitive, s'il était seul débiteur, le montant de la pension; eh bien! alors, pour peu que les autres circonstances s'y prêtent, si, par exemple, les enfants sont éloignés les uns des autres, si l'un est en pays étranger, si l'autre,

quoique très-solvable, a une fortune embarrassée et ne paye pas exactement ses dettes; alors, dis-je, il paraît convenable d'assurer au père le payement total de sa pension et de lui épargner la triste necessité d'aller en quelque sorte la mendier de porte en porte. Et cette dernière considération expliquerait aussi peut-être comment la solidarité ne s'était établie autrefois qu'entre les enfants. On a donc désiré, en ces circonstances, pouvoir condamner chacun des enfants *in solidum;* et je crois moi-même que cela peut être, suivant les cas, une décision non-seulement utile et équitable, mais légalement et juridiquement fondée. Toute la question est de savoir par quelle voie il faut arriver à ce résultat; or, pour y arriver, qu'a-t-on fait? les uns ont déclaré l'obligation solidaire, les autres l'ont faite indivisible; c'est-à-dire qu'on a posé un principe de droit là où il ne saurait y avoir qu'une question de fait et d'appréciation. Changez en effet l'hypothèse : trois fils ont des fortunes inégales; l'un pourrait payer six mille, l'autre seulement trois mille, celui-ci seulement cinq cents francs. Qu'allez-vous faire avec votre théorie de l'indivisibilité ou de la solidarité? condamnerez-vous au payement de six mille francs celui qui n'en peut payer que cinq cents? il le faudrait bien, si la dette était vraiment solidaire, vraiment indivisible! Mais cela serait cette fois tout à fait injuste et impraticable! Et de là en effet bien des embarras, bien des contradictions! Il faut voir les arrêts et les auteurs aux prises avec cette théorie de la solidarité et de l'indivisibilité de l'obligation alimentaire! combien ils y demeurent peu fidèles! comme ils confondent l'une avec l'autre! comment, enfin, après avoir déclaré l'obligation solidaire ou indivisible, ils sont tous amenés à cette inévitable alternative : ou de méconnaître les principes les plus certains de la solidarité et de l'indivisibilité, ou de

traiter finalement eux-mêmes l'obligation alimentaire, comme n'étant en réalité ni solidaire ni indivisible ! (Comp. Grenoble, 19 avril 1831, Mathieu, Dev., 1832, II, 495; Pothier, *Traité des Personnes*, part. I, tit. VI, sect. II; Proudhon, t. I, p. 447, 448, et *Traité de l'Usufruit*, t. I, nos 61, 62; Duranton, t. II, n° 425.) N'est-il pas arrivé même à l'un des partisans de la doctrine de l'indivisibilité de l'obligation alimentaire, de nous dire : « que ces principes paraissent incontestables en théorie, mais que les tribunaux sont souvent obligés de les modifier dans la pratique. » Coffinières, *Encyclop. du Droit*, v° *Aliments*, § 2, n° 29.) Mais, je le demande, qu'est-ce donc qu'une théorie juridique qui ne peut pas être pratiquée? Un tel aveu, de la part de l'un des avocats les plus exercés de notre temps, n'est-il pas la condamnation la plus directe de son système?

C'est qu'en effet cette obligation n'est véritablement, en droit, ni solidaire ni indivisible. Et voici, pour conclure, la doctrine que je proposerai :

Un seul principe est posé nettement par la loi, savoir : que le débiteur d'aliments *ex officio pietatis*, ne peut, en aucun cas, être condamné à les fournir que dans la proportion de sa fortune personnelle (art. 208).

Mais si plusieurs personnes se trouvent en même temps débitrices, comment l'obligation alimentaire devra-t-elle être répartie entre elles? Sur ce point, la loi a gardé le silence. Il n'y a donc point de texte, point de règle législative? Est-ce lacune, est-ce imprévoyance? Je serais très-disposé, pour mon compte, à justifier ce silence; et, en tous cas, le mal ici ne me paraît pas grand : « quod legibus omissum est, non omittetur reli-« gione judicantium. » (L. 13, ff. *de Legibus*.) Ma conviction est qu'il eût été fort difficile de soumettre d'avance ce règlement, cette répartition, à des règles absolues, à des principes toujours invariables. Nulle

part, peut-être, l'empire des faits n'est plus puissant et plus décisif; nulle part, surtout, les faits eux-mêmes ne sont plus variables et plus divers. Aussi, voyons-nous en tout temps l'arbitrage des juges dominer en cette matière tous les systèmes juridiques. Écoutez la loi romaine : « ... et magis est ut utrobique se judex « interponat, quorumdam necessitatibus facilius suc- « cursurus, quorumdam ægritudini; et quum ex æqui- « tate hæc res descendat, caritateque sanguinis, sin- « gulorum desideria perpendere oportet. » (L. 5, § 2, ff. *de agnosc. et alend. Liber.*) Nos anciens auteurs eux-mêmes, malgré la théorie alors régnante de la solidarité, finissaient par dire : « qu'il dépend de la prudence du juge de régler les choses comme il convient, suivant les circonstances. » (*Nouveau Denizart*, t. I, v° *Aliments*, § 4, n° 4); et Pothier (n° 391) enseigne également plusieurs solutions, qui attestent que son admirable bon sens avait bien reconnu aussi la toute-puissance des faits en cette matière. L'un des enfants, par exemple, tient ménage; l'autre est domestique ou va en journée; eh bien! on condamnera le premier à recevoir le père ou la mère chez lui, et le second à payer à son frère une modique somme, telle que le juge arbitrera, etc., etc.

Régulièrement, sans doute, chacun de ceux qui sont tenus de l'obligation alimentaire, ne doit y contribuer que pour sa part et dans la mesure de ses facultés, comparées à celles des autres débiteurs. Il est très-vrai aussi que, vis-à-vis de chacun d'eux en particulier, le demandeur en aliments doit être considéré comme d'autant plus riche de tout ce qu'il peut obtenir des autres. Tout cela est fondé sur la raison, sur l'équité, sur des inductions déduites de nos textes. — Mais, finalement, il n'y a, je le répète, aucun article formel à cet égard; et les magistrats conservent dès lors tou-

jours une latitude d'appréciation très-conforme au caractère de leur mission en ces circonstances : ... *quum ex æquitate hæc res descendat.* Aucune loi donc ne sera violée quoi qu'ils aient pu faire, si, dans le règlement qu'ils ont arrêté, aucun des débiteurs n'a été condamné au delà de ses moyens personnels. C'est là la seule chose que le texte ait rendue absolument impossible, et avec grande raison. Si vous aviez été seul, aurait-on pu vous condamner à payer cette pension? oui. Eh bien! on pourra, suivant les circonstances, vous y condamner, même si vous avez un ou plusieurs codébiteurs, sauf votre recours contre eux; car aucun texte ne s'y oppose; car qui peut le plus, peut le moins; car il faut, avant tout, assurer l'existence du demandeur en aliments; et peut-être, en fait, le moyen employé par les juges était-il nécessaire à cet effet. Je ne dis pas, certes, qu'on devra toujours, ni même ordinairement prononcer ainsi; ce mode de condamnation peut avoir, au contraire, dans certains cas, des inconvénients; il peut exciter dans la famille des jalousies, des désaffections ; il crée d'ailleurs des recours en garantie, qu'il vaut mieux en général éviter. Ce que je soutiens seulement, c'est que si la condamnation pour le tout, sauf recours, paraît commandée par les circonstances du fait, les juges doivent avoir le droit de la prononcer (comp. Metz, 5 juill. 1823, Muller, Sirey, 1824, II, 11; Nancy, 20 avril 1826, Richy, Sirey, 1826, II, 290; Caen, 14 juill. 1827, Grenier, Sirey, 1828, II, 11 ; Lyon, 3 janv. 1832, Cortay, Dev., 1832, II, 549 ; Toulouse, 14 déc. 1833, Delbecq, Dev., 1834, II, 285; Caen, 16 juin 1838, Romain, *Rec. de Caen,* t. II, p. 204; Pau, 30 juill. 1837, Lacrampe, Dev., 1838, II, 217; Cass., 3 août 1837, Drouet, Dev., 1838, I, 412; Vazeille, t. II, n° 493; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 626, 627; Massé et Vergé, t. I, p. 223, 224; Valette

sur Proudhon, t. I, p. 448, note *a*, et *Explicat. somm. du liv. I du Code Napoléon*, p. 117; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 359; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 613, note *a*).

Il résulte d'ailleurs de tout ce qui précède, que le demandeur en aliments devra mettre en cause les différentes personnes qui sont tenues en même temps de lui en fournir; car le règlement ne peut se faire que par la comparaison de leurs facultés respectives. S'il ne les mettait pas en cause, le défendeur, seul assigné, pourrait lui-même les appeler au procès, et soutenir, en tous cas, ainsi que je le disais tout à l'heure, que celui qui réclame les aliments doit être considéré comme d'autant plus riche de tout ce qu'il aurait droit d'obtenir des autres.

64. — En règle générale, le payement de la pension alimentaire a lieu *par quartiers et par avance* (Pothier, n° 390).

Le mot *pension* (art. 210, 211) suppose une prestation périodique de terme en terme; et ce mode de payement paraît ici convenable à tous égards : il est moins onéreux pour le débiteur; il assure d'une manière plus certaine la subsistance du créancier, dont on doit craindre souvent les dissipations; il n'engage pas enfin l'avenir, qu'il faut toujours réserver en pareille matière. Telle est, dis-je, la règle ordinaire; mais c'est d'ailleurs aux magistrats qu'il appartient de l'appliquer et de la modifier suivant les circonstances. C'est à leur sagesse, à leur prévoyance que la loi s'en remet pour régler tout ceci le mieux et le plus équitablement possible; et c'est ainsi qu'ils ont, je crois, le pouvoir de décider que les *aliments* seront *portables* et non point *querables*, c'est-à-dire que le débiteur, contrairement au droit commun (art. 1247), devra les faire parvenir lui-même au domicile du créancier.

65. — Il ne faudrait pourtant pas non plus étendre trop loin ce pouvoir réglementaire. Les juges, par exemple, ne devraient point imposer à *l'alimentaire* (comme on disait autrefois) l'obligation d'avoir sa résidence dans un lieu déterminé (Bourges, 9 août 1832, Gonot, Dev., 1833, II, 130), ou de se livrer à un certain genre d'occupation ou de travail (Caen, 11 nov. 1845, Legendre, *Rec. de Caen*, t. X, p. 9); ils ne le devraient pas, dis-je, d'une manière directe et principale, car il y aurait là un excès de pouvoir et une sorte d'atteinte à la liberté individuelle. Mais ils peuvent décider que la pension sera payée au domicile du débiteur, ou bien, s'il y a lieu, que l'alimentaire lui-même viendra recevoir ses aliments dans le domicile de ce débiteur, *à son feu et à sa table* (Pothier, n° 390); et je pense même que si celui, qui doit les aliments, offre de l'occupation et du travail à celui qui les réclame, un travail et une occupation tels que le demandeur puisse très-bien les remplir, et n'ait aucun motif légitime pour les refuser, je pense que la pension alimentaire ne devrait pas lui être adjugée en cas de refus de sa part. Le fils, par exemple, si d'ailleurs aucun motif particulier ne s'y opposait, pourrait-il être dispensé d'accepter l'offre que lui ferait son père d'une place de commis dans ses magasins ou de clerc dans son étude?

66. — Nos anciens auteurs enseignaient même que, dans tous les cas, l'alimentaire admis à recevoir les aliments dans le domicile de celui qui les lui fournit, devait s'y rendre utile dans la mesure de ses moyens, et ne pouvait pas refuser son concours aux travaux domestiques (Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 203). Cela paraît en effet raisonnable et bien légitime! et si les magistrats ne doivent pas lui en imposer l'obligation directe, il me semble du moins qu'ils peuvent

prendre en considération la conduite du demandeur à cet égard, pour lui refuser les aliments, s'il déclare, de son côté, refuser toute espèce de bons offices, ou pour les lui retirer si, après avoir été admis dans le domicile du débiteur et lorsque tous les autres travaillent autour de lui, il veut s'y faire servir en maître sans prendre sa part des soins et des travaux auxquels il pourrait coopérer ; tout cela, bien entendu, eu égard aux circonstances, à la position sociale des parties, à leur âge, aux facultés de celui qui fournit les aliments, etc.

67. — L'obligation alimentaire est, par sa nature même, variable et intermittente :

Variable, elle peut augmenter ou diminuer avec les besoins du créancier ou les ressources du débiteur.

Intermittente, elle peut, avec les mêmes causes, s'éteindre et renaître ensuite (art. 209).

Cette règle s'applique distributivement entre les différents débiteurs; la diminution des ressources de l'un ou son insolvabilité, l'autorise à demander la réduction ou la décharge de sa part dans la dette, sans que les autres en soient nécessairement, par cela seul, tenus à sa place ; car il n'y a pas solidarité (*supra*, n° 63). Seulement l'alimentaire peut obtenir contre eux une augmentation de pension, si leurs ressources personnelles leur permettent de la fournir.

Il n'y a donc jamais rien de définitif ni d'irrévocable en cette matière : soit quant à l'appréciation des besoins du créancier ou des facultés du débiteur, soit quant au règlement de contribution entre plusieurs débiteurs, soit quant au mode de prestation des aliments ; et cela, de quelque manière que ces différents points aient été d'abord réglés, par jugement ou par traité à l'amiable, peu importe (Bordeaux, 3 fév. 1830, Delport, D., 1830, II, 148). Toutes les parties peuvent,

à toute époque, venir ou revenir devant les tribunaux demander un changement, une réduction ou une décharge, sans qu'on soit fondé à leur opposer la chose jugée ou un traité quelconque antérieur. Le jugement ou la convention sont alors de plein droit subordonnés à la condition que les choses resteront dans le même état, *rebus sic stantibus* (art. 209; Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p, 392; Cass., 23 juin 1841, Riou, Dev., 1841, I, 630; Cass., 26 juill. 1843, Rousset, Dev., 1843, I, 900).

Mais, direz-vous, il n'y a pas de raison alors pour que l'individu qui réclame des aliments contre son parent ou son allié, ne recommence pas tous les jours, s'il a succombé ou s'il n'a pas obtenu une pension aussi considérable que celle à laquelle il prétendait. — C'est un inconvénient, sans doute; mais il est inévitable; il n'est pas d'ailleurs sans remède. L'avoué, l'avocat auxquels cet obstiné plaideur s'adresserait, ne manqueront pas de lui prédire sa défaite, et de le détourner de son projet; et, en tous cas, la nécessité de payer les frais, de les avancer surtout (ce que l'avoué ferait très-bien d'exiger en pareil cas), cette nécessité est certes une garantie contre les demandes évidemment téméraires.

Un arrêt a même été plus loin, en déclarant qu'on ne devait avoir aucun égard à la convention par laquelle la pension alimentaire venait d'être fixée, si à ce moment-là même elle était insuffisante eu égard aux besoins du créancier et aux facultés du débiteur (Douai, 1er févr. 1843, Billoir, Dev., 1843, II, 188; ajout. aussi Cass., 8 mars 1831, Letourneur, D., 1831, I, 139, et Bourges, 9 août 1832, Gonot, Dev., 1833, II, 130). Et cette décision me paraît conforme aux principes; il s'agit ici d'une obligation fondée sur l'humanité, et qui intéresse l'ordre public; les par-

ties ne peuvent donc y renoncer directement ni indirectement, ni pour le tout, ni pour partie (art. 6). Seulement il est juste alors d'examiner de très-près la réclamation de celui qui, après l'arrangement conclu sur une pension alimentaire, vient presque de suite en demander la modification aux tribunaux.

68. — Le juge pourrait-il condamner celui qui doit la pension alimentaire, à donner des sûretés pour le payement des arrérages? — soit à constituer un capital qui y serait affecté? — soit à fournir une caution ou une hypothèque?

Il faut s'entendre :

Demandez-vous si on peut assurer ainsi la pension alimentaire contre les chances d'insolvabilité, de faillite ou de déconfiture du débiteur, de telle sorte que celui à qui les aliments sont dus, aurait le droit de se présenter au même titre que les autres créanciers, et de se faire colloquer pour un capital destiné à garantir son payement?

Je dois convenir que quelques arrêts semblent avoir décidé l'affirmative (Cass., 30 janv. 1828, Levasseur, D., 1828, I, 115; Angers, 25 févr. 1829, Delage, D., 1829, II, 53; Cass., 14 juin 1853, Ogereau, Dev., 1853, I, 609; il est à noter toutefois, que ces arrêts ont été rendus dans des espèces où il s'agissait de l'application de l'article 301, c'est-à-dire d'une pension alimentaire adjugée par suite de la séparation de corps, à la femme au profit de laquelle elle avait été prononcée.)

On pourrait d'ailleurs dire en ce sens : 1° que l'obligation alimentaire une fois ouverte, et surtout reconnue par un jugement ou par un traité, devient une obligation comme une autre, transmissible, par exemple (suivant l'opinion générale, *supra*, n° 40), aux héri-

tiers du débiteur, et qui doit dès lors aussi être opposable à ses créanciers; 2° que le droit d'en demander la réduction ou la décharge est fondé sur la réciprocité de cette obligation, mais que par cela même ce droit est essentiellement personnel au débiteur (art. 1166, *in fine*), et que ses créanciers ne peuvent pas plus demander la décharge d'une pension alimentaire dont il est grevé, qu'ils ne pourraient, en son nom, former pour lui une demande d'aliments.

Mais ces motifs ne me persuadent pas; et je crois que la conclusion qui en résulte dénaturerait et métamorphoserait complétement l'obligation dont il s'agit : c'est en effet une obligation, toujours et dans tous les cas, purement légale; or, d'après les termes mêmes de la loi, elle ne commence, elle ne dure, elle n'existe jamais enfin que sous la condition que la personne qui peut en être tenue, est et sera en état d'y satisfaire; donc, il n'y a plus d'obligation dès l'instant ou ses ressources ne le lui permettent plus. Il est vrai, et je l'ai dit moi-même (*supra*, n° 40), que la faculté d'en demander la réduction ou la décharge, est, à certains égards, fondée sur la réciprocité de l'obligation; mais il ne faut pas néanmoins exagérer cette idée au point d'en venir à faire de cette faculté un droit purement personnel. Et voyez en effet quelles en seraient les conséquences! Comment! le débiteur lui-même ne peut pas exiger de ses créanciers qu'ils lui laissent, sur ses propres biens, au moins de quoi vivre! (comp. art. 581, 582, 592, 593, Code procéd.; 530, Code com.) et son parent ou son allié aurait ce droit contre eux, non pas en vertu d'une véritable créance, mais par suite de l'obligation purement légale, *ex officio pietatis!* Mais, pour être conséquent, il faudrait nécessairement aller jusqu'à dire que ce droit appartiendrait dans tous les cas à l'alimentaire, lors même que

le juge ne lui aurait concédé aucune hypothèque, et qu'il pourrait venir alors, par contribution, avec tous les autres créanciers! Il faudrait en dire autant de celui-là même qui aurait été admis à prendre ses aliments en nature dans le domicile du débiteur! Il faudrait dire enfin que les créanciers de celui qui devait la pension alimentaire, ne pourraient pas en demander la décharge, lors même que celui qui la reçoit serait devenu très-riche! car si le droit de demander cette décharge, pour cause de diminution ou de perte des biens du débiteur, était personnel, il devrait l'être également lorsqu'il s'agit de demander la réduction pour cause d'augmentation de fortune du créancier (art. 208). Il est donc évident que cette obligation serait tout à fait dénaturée; et si ces motifs n'étaient pas suffisamment péremptoires, j'ajouterais encore 1° que la solution contraire pourrait être fort injuste envers les créanciers, et donner lieu à bien des fraudes; 2° qu'elle aggraverait aussi beaucoup, au préjudice du débiteur, cette espèce d'obligation, en diminuant son crédit, en le privant de la libre disposition de sa fortune; telle n'a pas été certes la pensée de la loi qui la lui impose. La loi se borne à consacrer ici un devoir de morale; or, ce devoir ne va pas jusque-là! il ne commande pas à celui qui vient au secours d'un parent indigent, de se gêner, de s'interdire dans l'administration de son patrimoine.

Concluons donc qu'en principe le juge ne peut pas forcer le débiteur d'aliments soit à constituer un capital, soit à fournir une hypothèque ou une caution (Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 629; Massé et Vergé, t. I, p. 626).

69. — Il y a toutefois des circonstances dans lesquelles je crois que les magistrats pourraient et devraient même assurer, par des garanties, par une

hypothèque ou autrement, le service de la pension alimentaire. Supposez qu'on ait de sérieux et légitimes sujets de craindre que le débiteur des aliments, pour se soustraire à l'obligation de les payer, ne dénature sa fortune et ne fasse des aliénations simulées! Voilà un homme condamné à fournir des aliments à sa femme et à son enfant; mais cet homme est convaincu que sa femme l'a trompé, et que cet enfant n'est pas le sien! Et, par des actes produits au procès, on prouve que déjà il a consenti des ventes frauduleuses, des transports simulés! Sera-t-il possible alors d'assurer le service de la pension? je n'hésite pas à le croire : qui veut la fin, veut les moyens; et la loi, qui crée cette obligation, a donné implicitement aux magistrats le pouvoir d'en garantir l'accomplissement. Mais vous voyez combien cette espèce est différente de celle qui précède! les sûretés alors seront accordées, non point contre une insolvabilité réelle et sérieuse, mais contre une insolvabilité apparente et mensongère, non point contre les créanciers de la personne qui doit les aliments, mais directement contre cette personne elle-même (Caen, 1re chambre, 29 juin 1829, de La Ferté); et telle était aussi l'espèce de l'arrêt précité de la Cour d'Angers, qui dès lors ne saurait faire autorité dans le sens de l'opinion que j'ai tout à l'heure essayé de combattre (*supra* n° 68).

70. — Remarquez enfin que je n'applique tout ceci, bien entendu, qu'à l'obligation alimentaire qui nous occupe en ce moment, à l'obligation purement légale.

Les mêmes principes ne devraient pas être suivis, si la dette d'aliments, contractée même entre les personnes auxquelles la loi impose l'obligation réciproque de s'en fournir, si cette dette avait, dis-je, une autre origine, une autre cause que la loi, si elle dérivait, par

exemple, soit d'un contrat à titre onéreux, soit d'une donation proprement dite.

Je crois alors qu'il faudrait lui appliquer les règles ordinaires des contrats ou des donations, et la traiter comme une créance véritable. Supposez, par exemple, qu'un fils a ainsi constitué une rente, une pension alimentaire à son père, il faudra déduire de ce que je viens de dire les conséquences suivantes :

1° Si ce fils débiteur, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, a constitué une hypothèque, le père pourra, même dans le cas de faillite de son fils, poursuivre son payement sur l'immeuble affecté au service de ses arrérages (Paris, 14 mai 1828, Marchais, D., 1829, II, 226);

2° Il pourra demander le payement des arrérages échus (art. 2277) aussi bien que de ceux à échoir (comp. l'arrêt précité et Paris, 1er déc. 1832, de Monistrol, Dev., 1834, II, 48);

3° Enfin cette pension ne sera pas soumise aux variations résultant soit de l'augmentation de fortune du côté du créancier, soit de la diminution des ressources du côté du débiteur, sauf, bien entendu, dans ce dernier cas, à celui-ci le droit de demander lui-même des aliments à son créancier, s'il est dans le besoin (comp. Bruxelles, 14 août 1833, Masson, D., 1834, II, 156; Bordeaux, 29 août 1837, Conte, D., 1839, II, 189; Cass., 25 janv. 1842, Girault, Dev., 1842, I, 982; Armand Dalloz, *Dict. gén.*, t. V, v° *Aliments*, § 3, n° 92).

Ces différences sont très-importantes sans doute! Mais je suis convaincu qu'il faut les faire entre l'obligation alimentaire purement légale, et l'obligation conventionnelle soit à titre onéreux, soit même à titre gratuit. Je reconnais combien, en fait, la distinction sera quelquefois difficile et délicate; car je n'entends

pas attacher tous ces effets à l'obligation alimentaire, par cela seul que le débiteur l'aurait volontairement reconnue, et qu'un arrangement de gré à gré en aurait déterminé le *quantum*. Il ne faut pas que le parent humain et généreux soit de pire condition que celui qu'on a été réduit à contraindre, par autorité de justice, à remplir ses devoirs de famille! Il ne faut pas facilement présumer que celui qui est tenu de la dette alimentaire *ex officio pietatis*, a voulu la dénaturer en la reconnaissant, et aggraver ses obligations (art. 1273). Tout cela est vrai! mais il ne me paraît pas moins certain que si vous reconnaissez, dans la convention, un autre caractère et une autre cause, il faudra la traiter comme un véritable contrat. La difficulté ne sera pas ordinairement très-grande, si la pension a été constituée à titre onéreux, comme par exemple moyennant un abandon de biens que le père aurait fait à son fils; la nuance sera au contraire bien plus délicate, quand la constitution aura eu lieu à titre gratuit : attachez-vous alors surtout à la forme de l'acte, à la position des parties, à leur fortune, au moment même où il a été consenti, etc., et soyez plus portés à considérer comme un véritable titre de créance la pension constituée suivant les formes solennelles de la donation entre-vifs que par un simple acte sous seing privé; par le fils en plein crédit et dans l'aisance que par celui qui, déjà, était lui-même gêné, etc. Ce n'est là d'ailleurs qu'une question de fait.

71. — J'ai dit déjà que les pensions alimentaires dues *ex officio pietatis* n'arréragent pas; il faut bien comprendre ce principe :

Un père doit 1000 francs de pension annuelle à son fils, par suite d'un traité ou d'un jugement; il y a trois ans que rien n'a été payé; et le fils vient ensuite réclamer 3000 fr. Le peut-il?

Si le fils a vécu pendant ces trois années sans contracter de dettes pour ses besoins alimentaires, s'il a par exemple trouvé du travail, un emploi, une place, etc., le fait même a prouvé *qu'il n'était pas dans le besoin*, et que par conséquent la dette alimentaire du père n'avait pas de cause. Sa demande devra donc être rejetée.

Si au contraire le fils a contracté des dettes pour cause d'aliments, je pense que les arrérages de sa pension devraient lui être payés; car ils lui sont dus en vertu du jugement ou de la convention, et rien ne vient ici détruire la cause même de l'obligation. Il y aura d'ailleurs presque toujours alors des circonstances qui expliqueront pourquoi le pensionnaire, qui avait besoin d'argent, puisqu'il empruntait ou qu'il prenait à crédit, pourquoi, dis-je, il n'aura pas touché ses arrérages.

Mais supposez ceci : le fils a contracté en effet des dettes pour cause d'aliments pendant ces trois années; mais au moment où il vient réclamer les 3000 francs d'arrérages, il lui échoit une succession ou un legs qui le met dans l'aisance. Son action est-elle encore fondée? On dira que ces 3000 francs lui sont dus en vertu de la convention ou du jugement, et que la libération du père ne serait fondée sur aucun texte; l'article 209 permet bien de demander la réduction ou la décharge, mais seulement pour l'avenir. Autrement d'ailleurs le débiteur inexact et récalcitrant se trouverait plus favorisé que celui qui aurait satisfait ponctuellement à son obligation. — Cette hypothèse est en effet plus délicate. Ne pourrait-on pas répondre néanmoins que si ces motifs étaient fondés, on devrait, dans tous les cas et sans distinction, décider que les arrérages des pensions alimentaires sont dus même pour le passé. Dans tous les cas, en effet, et

lors même que le pensionnaire aurait vécu de son travail, il serait vrai de dire encore que la dette alimentaire existait en vertu du jugement ou de la convention; — qu'il fallait pour la faire cesser en demander la décharge; — et qu'enfin il ne convient pas de favoriser plus le débiteur en retard, que celui qui paye exactement. (Comp. Demante, t. I, n° 291 *bis*, *I*.)

Et pourtant, malgré ces raisons, on reconnaît généralement que ces sortes de dettes *n'arréragent* point. C'est qu'en effet elles ne sont point des dettes ordinaires, de ces dettes auxquelles il faille appliquer toujours et rigoureusement les principes purs du droit civil. L'obligation alimentaire! mais ce n'est autre chose que la charité, que la bienfaisance organisée légalement, si je puis dire ainsi! Et, quand je vois une situation dans laquelle, en équité, en conscience, le père n'est point tenu de secourir son fils, ou le fils son père; quand il n'y a plus enfin, aux yeux de la morale, aucun devoir de charité et de bienfaisance à remplir, je suis fort porté à croire qu'il n'y en a pas davantage aux yeux de la loi civile. Pourquoi donc la dette ne s'éteindrait-elle pas comme elle prend naissance, avec la nécessité, qui seule est sa cause? Ne serait-il pas bien extraordinaire et quelquefois bien injuste, de forcer le père, gêné peut-être, à payer les 3000 francs à ce fils, aujourd'hui beaucoup plus riche que lui? Aussi, sans me dissimuler la force des objections qui précèdent, je pense que l'action du fils alors aurait bien peu de chances de succès. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 632; Massé et Vergé, t. I, p. 227, 228.)

72. — La personne qui a fourni les aliments, peut-elle exercer une action en recours ou en répétition pour se faire indemniser? — dans quels cas? — sous quelles

conditions? — et contre qui cette action est-elle admissible?

C'est là une des questions les plus fréquentes de notre sujet; j'en ai déjà dit quelques mots (*supra*, n° 5); mais il importe de l'envisager d'une manière plus complète et dans ses différentes applications :

1° Et d'abord, l'action en répétition pourrait-elle être exercée contre celui-là même qui a reçu les aliments, s'il revenait ensuite à meilleure fortune? non, sans doute; car il peut dire : *meum recepi!* car celui qui a payé, n'a fait qu'acquitter sa dette. Ce n'est pas une simple avance qu'il a faite, un simple prêt (*voy.* toutefois *supra*, n° 45); donc il n'y a pas lieu à répétition (art. 1235, 1376). Aussi, l'article 209 l'autorise-t-il seulement à demander sa décharge pour l'avenir. On a décidé, il est vrai, que la femme, dont l'immeuble dotal a été aliéné pour fournir des aliments à la famille (art. 1558), a le droit de répétition contre son mari (Nîmes, 24 août 1842, Privat, Dev., 1842, II, 475). Mais, sans examiner ici cette question spéciale, il suffit de remarquer que le mari a contracté envers la femme l'engagement *à forfait* de supporter les charges du mariage (art. 1540), et que l'action en recours trouve dans cet engagement une base qui lui manque tout à fait dans notre hypothèse.

73. — 2° L'action en répétition pourrait-elle être exercée par celui qui a payé les aliments, contre ceux qui auraient dû y contribuer avec lui, à raison de leur qualité de parents ou d'alliés, mais qui n'avaient pas alors les moyens de le faire? non encore; car ils n'étaient pas débiteurs dès que leurs facultés ne leur permettaient pas de secourir leur parent ou allié (art. 208, *supra*, n° 33); et s'ils n'étaient pas débiteurs, il est clair que les autres l'étaient seuls et pour leur propre compte, et qu'ils ont payé dès lors unique-

ment leur dette personnelle, et non pas la dette d'autrui.

74. — 3° L'action en répétition peut-elle être exercée par celui qui a fourni les aliments, sans qu'il y eût, de sa part, obligation de les fournir?

Cette question est plus vaste et plus complexe; on peut la subdiviser ainsi :

A. Le tiers fournisseur peut-il agir en répétition contre celui qui devait fournir des aliments à la personne qui les a reçus?

B. Peut-il agir contre la personne elle-même qui les a reçus et qui en a profité?

A. J'ai déjà exprimé l'opinion (*supra*, n°s 53-55) que les dettes contractées pour cause d'aliments, pouvaient, suivant les circonstances, être mises à la charge de celui qui devait fournir ces aliments.

En droit, lorsqu'une personne gère utilement l'affaire d'une autre, elle a une action pour se faire indemniser de ses dépenses (art. 1372-1375; L. 43, ff. *de Negot. gest.*) En fait, il est très-possible que celui qui a nourri votre père, votre fils, votre belle-fille, etc., ait utilement géré votre affaire, et qu'il ait ainsi acquitté votre propre dette; donc, vous devez alors être tenu de l'indemniser (Lyon, 25 août 1831, Giroux, Dev., 1832, II, 429; Douai, 22 août 1849, Deuzy, Dev., 1850, II, 386).

Voilà le principe; il me paraît aussi juridique qu'équitable. Le reste ne peut plus être qu'une question de fait et d'application subordonnée aux circonstances, c'est-à-dire à l'utilité de la gestion et au profit qui en aura été retiré par le défendeur à l'action en répétition (art. 1375). Toute la question est ici : l'affaire a-t-elle été bien gérée? Mon fils avait quitté la maison paternelle, sans cause légitime, *par esprit de libertinage et d'indépendance;* et il s'est trouvé des hôteliers qui l'ont

reçu, des fournisseurs qui l'ont habillé et nourri. Serais-je tenu de les payer? non, répondaient les anciens auteurs (Merlin, *Rép.*, t. X, v° *Puissance paternelle*, sect. III, § 3, n°s 1-3; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n°s 200-202); et cette décision pourra être effectivement très-juste suivant les cas. On pourra donc ou refuser toute action, si par exemple, le père avait pourvu lui-même aux besoins de son fils, ou réduire le montant de la répétition à la somme strictement déterminée, dont le père aurait alors profité, *quatenus propriæ pecuniæ pepercit* (Bruxelles, 19 janv. 1811, R..., Sirey, 1811, II, 317; ajout. aussi Grenoble, 10 juill. 1824, Albert, D., 1825, II, 106). — De même, si des fournisseurs avaient livré des aliments à crédit à un père, auquel son fils, à raison de son peu d'aisance personnelle, n'était tenu de les fournir qu'en nature, à son feu et à sa table, etc.

75. — Les tiers ne peuvent-ils agir en répétition contre celui qui était obligé de fournir les aliments, qu'autant que la personne qui les a reçus, est encore vivante?

Pour l'affirmative, on a dit que le droit de réclamer des aliments *ex officio pietatis* est personnel et ne peut pas être exercé par les créanciers de celui à qui ils sont dus; que le décès de celui-ci ne permet plus de vérifier s'il était ou non dans le besoin; et qu'enfin celui qui doit les aliments, serait privé par l'effet de ce recours, du mode de prestation en nature, que la loi lui permet quelquefois d'offrir (Cass., 12 mai 1812, Sebille, Sirey, 1812, I, 324; Cass., 17 mars 1819, Vourey, Sirey, 1819, I, 308; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Aliments*, § 3, n° 5; Duranton, t. II, n° 423).

Que prouvent ces motifs? une seule chose, c'est que le succès de l'action en répétition sera plus difficile après le décès de celui qui les a reçus. — A la bonne

heure ! Mais je ne vois pas qu'il en résulte que l'action elle-même soit irrecevable. Eh ! pourquoi donc le serait-elle? — Le droit de réclamer des aliments ne peut pas être exercé par les créanciers de celui à qui ils sont dus? — Oui, tel est le principe ; mais nous en exceptons le cas où la dette a été légitimement contractée pour cause d'aliments; et l'exception une fois admise, qu'importe que l'action en répétition soit intentée après le décès de la personne? — On ne pourra plus vérifier si elle était dans le besoin ! — Je réponds que la preuve pourra en être souvent très-facile encore, et qu'en tout cas, ce n'est là qu'une question de fait. Si le défendeur à l'action en répétition justifie qu'il n'aurait pas pu payer une pension en argent, et qu'il aurait seulement reçu chez lui la personne à laquelle il devait des aliments, eh bien ! son affaire n'aura pas été utilement gérée; mais si vous reconnaissez l'existence des besoins, la légitimité de la dette, sa modicité, et si le défendeur à l'action en répétition a les moyens d'y satisfaire, je demande en quoi le décès de l'alimentaire empêche que le quasi-contrat de gestion d'affaire ait pu se former !

76. — B. Enfin, l'action en répétition peut-elle être exercée par celui qui a fourni les aliments, contre la personne qui les a reçus et qui en a profité?

Je suppose, bien entendu, que cette personne n'a pas elle-même directement contracté envers les tiers, fournisseurs ou autres, l'obligation de les payer. La question ne s'élève qu'autant que les aliments lui ont été fournis au nom et par l'ordre d'un autre. Prenons l'exemple le plus célèbre : Paul a mis son fils en pension ou en apprentissage ; il n'a pas payé l'instituteur ou le maître. Celui-ci a-t-il une action contre l'enfant lui-même ?

Les avis sont très-partagés.

A. Les uns la lui refusent toujours : les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes (art. 1165); or, le mandat par suite duquel le maître a fourni des aliments aux enfants, est étranger à ceux-ci; donc, il ne saurait les obliger. Objecterez-vous qu'il a été donné dans leur intérêt et qu'ils en ont profité? mais le principe consacré par l'article 1165 est indépendant de ces circonstances; peu importe qu'une convention ait eu lieu dans mon intérêt! peu importe le profit que j'en ai indirectement retiré! Tout cela ne fait pas que je sois moi-même partie contractante, si je n'ai pas en effet consenti! tout cela ne fait pas dès lors que cette convention puisse produire contre moi une obligation personnelle. Aussi, lors même qu'un mandat a été donné dans l'intérêt d'un tiers, *aliena gratia* (L. 2, ff. *Mandat.*), le mandataire n'a-t-il d'action que contre le mandant, c'est-à-dire contre celui-là seul avec lequel il a contracté (Pothier, *du Mandat*, n°s 82, 83). Objecterez-vous encore que l'instituteur ou le maître a géré l'affaire des enfants, et que s'il n'a point contre eux l'action *mandati*, il doit au moins avoir l'action *negotiorum gestorum ?* Mais cette action n'appartient qu'à celui qui a voulu gérer l'affaire d'une personne, dans l'intérêt et en vue de cette personne elle-même. Mais il n'y a pas gestion d'affaires là où vous trouvez un mandat formel; il n'y a pas de quasi-contrat, quand on vous montre un contrat véritable. L'instituteur et le maître ont traité directement et uniquement avec le père; c'est donc uniquement et directement contre le père seul qu'ils peuvent agir. Ainsi le veulent les principes du droit, et même aussi l'intérêt des enfants, dont il ne faut pas ruiner d'avance l'avenir, *en accumulant, sur leur tête et à leur insu, un passif qui viendrait plus tard paralyser toutes leurs ressources* (Paris, 17 nov. 1838, Huré, Dev., 1839,

II, 456; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Aliments*, § 1, art. 1, n° 6).

B. Les autres, au contraire, semblent accorder toujours au maître et à l'instituteur l'action en répétition contre les enfants (Aix, 11 août 1812, Coulom, Sirey, 1813, II, 369; Cass., 18 août 1813, Gerbert, Sirey, 1814, I, 86).

C. Enfin une troisième opinion, qui me paraît la meilleure, accorde ou refuse, suivant les cas, l'action contre les enfants : et d'abord je m'empresse de reconnaître que cette action, quand je croirai devoir l'accorder, ne dérivera jamais contre les enfants, de la convention qui a eu lieu entre leur père et l'instituteur. Si équitable que soit le résultat que je poursuis, je ne voudrais pas l'obtenir au prix d'un tel abandon des principes. Oui, vous avez raison de dire que ce mandat leur est étranger, et qu'il ne les oblige pas, quoiqu'il ait été donné dans leur intérêt et qu'ils en aient profité. Mais en est-il de même, quand vous refusez à l'instituteur ou au maître l'action *negotiorum gestorum?* Je sais bien que, dans l'origine, les jurisconsultes romains n'accordaient cette action que lorsque le gérant avait eu l'intention de gérer l'affaire de la personne elle-même, que cette gestion concernait; de telle sorte que, si j'avais géré l'affaire de Paul, croyant gérer ma propre affaire ou celle de Pierre, je n'avais point l'action *negotiorum gestorum* contre Paul (L. 33, ff. *de Condict. indeb.*); mais il y a longtemps qu'on s'est départi *de cette subtilité*, comme dit Pothier (*du Quasi-contrat* negotiorum gestorum, n° 194); et même à Rome on finit par accorder l'action *utile* pour tous les cas ou l'équité l'exigeait, l'équité, cette base essentielle des quasi-contrats, et en particulier de la gestion d'affaires : « quia « æquum est in damnum eum non versari. » (L. 45,

§ 2, ff. *de Negot. gest.*) Il y a donc, ici surtout, un point de fait, une question d'appréciation; sans doute, il ne suffit pas que le contrat que j'ai fait avec Paul, vous ait profité pour que je me déclare votre gérant d'affaires; mais je crois aussi qu'aucun texte (art. 1372) et qu'aucun principe ne s'opposent à ce que les magistrats reconnaissent qu'à l'occasion d'un contrat fait avec un tiers, j'ai pu en même temps gérer votre affaire personnelle. Et il me semble, au contraire, que cette décision sera tout à la fois juridique et équitable, lorsque ce contrat, fait dans votre intérêt direct et immédiat, vous aura en effet directement et immédiatement profité (arg. de l'article 1798), et vous aura mis aussi en rapport avec moi.

Ces diverses circonstances me paraissent, surtout en pareil cas, décisives. On reconnaît « que si c'est sans mandat du père qu'un étranger a nourri des enfants, nul doute qu'il n'ait contre eux l'action *negotiorum gestorum* pour se faire rembourser ses dépenses.» (Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Aliments*, sect. I, art. 1, n° 1, p. 63.)

La nuance ne devient-elle pas bien délicate? il y en a une, je le sais bien; mais vraiment, croyez-vous qu'elle soit telle, qu'elle doive produire des résultats si différents; et votre doctrine ne nous reporte-t-elle pas bien loin en arrière, à cette époque où Pothier disait que l'action n'avait pas lieu suivant *la subtilité du droit*. N'accordez pas, si vous voulez, l'action *directe*, mais ne refusez pas du moins l'action *utile;* ou plutôt, suivant la simplicité et le bon sens de notre droit français, accordons franchement l'action *negotiorum gestorum* à celui qui, en vérité, a bien et utilement géré l'affaire des enfants. Je n'en crains pas d'ailleurs pour eux les résultats; l'action ne procédera que du quasi-contrat de gestion d'affaires;

donc, il faudra que la gestion leur ait été utile; et tel est le principe des distinctions que j'ai annoncées. Si les père et mère pouvaient et devaient payer l'instituteur et le maître, soit en vertu de l'article 203, soit en vertu de l'article 385; si ceux-ci ont à se reprocher de n'avoir pas obtenu leur payement; si les dépenses ont été excessives; dans tous les cas enfin, où vous jugerez que l'instituteur est dans son tort ou que les enfants n'ont pas profité, ou, enfin, que par un motif quelconque, l'affaire n'a pas été bien gérée dans leur intérêt, vous refuserez l'action (art. 1375). Mais si, au contraire, les dépenses étaient nécessaires, utiles et convenables; si l'instituteur ou le maître n'est point en faute pour n'avoir pas obtenu son payement des père et mère; si les enfants eux-mêmes ont des biens suffisants; si, enfin, vous reconnaissez que ces enfants sont, aux yeux de l'équité, obligés d'indemniser leur instituteur ou leur maître, je dis qu'ils le sont dès lors aussi aux yeux de la loi elle-même, qui fait naître, dans ce cas, l'obligation civile de l'obligation naturelle.

Je conclus donc, avec la loi romaine : « Nec ferendus est juvenis qui quum præsens esset, studiisque « eruditus atque alitus esset, sumptus recuset; *quasi « vento vixerit, aut nullo liberi hominis studio imbui me- « ruerit.* » (L. 2, Cod. *de Alim. pup. præst.;* Cass., 18 août 1835, Bizard, Dev., 1835, I, 873; Cass., 19 juin 1843, Cousin, Dev., 1843, I, 641; Cass., 17 mars 1857, Chaperon, Dev., 1857, I, 812; Duranton, t. I, nos 391 et 423; Vazeille, t. II, nos 507 et 511; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 225; Charles Ballot, *Revue pratique de droit français,* 1858, t. IV, p. 478).

77. — Il est une proposition également applicable à toutes les hypothèses qui précèdent, c'est qu'il n'y a lieu à aucune action en répétition de la part de

celui qui a fourni des aliments à une personne, à titre gratuit et sans intention d'en exiger le remboursement : « non credendi animo, sed pietate ductus. » (L. 15, Cod. *de Negot. gest.*)

Dans quels cas cette intention existera-t-elle ? et surtout à quels signes, à quelles circonstances pourra-t-on la reconnaître ?

Le jurisconsulte Paul a très-bien répondu : « Hæc « disceptatio in factum consistit. » (L. 34, ff. *de Neg. gest.*) On peut seulement poser deux règles, sous l'influence desquelles ces sortes de faits devront toujours être appréciées :

D'une part, la donation ne se présume pas (Pothier, *du Quasi-contrat* negotiorum gestorum, n° 196).

D'autre part, on peut facilement attribuer à une intention de libéralité ce qu'une personne accorde à une autre de sa libre volonté : « Donari videtur quod « nullo jure cogente conceditur. » (L. 29 ff. *de Donationibus.*) Cette seconde proposition acquiert particulièrement beaucoup de force, lorsqu'il s'agit de prestations alimentaires, soit parce qu'elles sont en général modiques et s'acquittent d'ailleurs sur les revenus, soit parce que leur caractère même atteste un esprit de charité ou de bienfaisance (arg. de l'article 852); et cela devient de plus en plus vrai, en raison de la qualité des personnes et de leurs fortunes respectives, comme lorsqu'il s'agit d'aliments fournis par un parent riche à un parent malheureux.

Il faudra d'ailleurs prendre aussi en considération toutes les autres circonstances ; c'est ainsi que le père peut imputer les frais d'éducation sur les revenus personnels de son enfant; car nous savons qu'alors ils ne sont pas à sa charge. Il doit donc, sauf la preuve contraire, être réputé n'avoir agi que comme administrateur comptable (art. 389); ajoutez que l'*excep-*

tion s'accorde, en pareil cas, plus facilement que l'*action*, la *retenue* plus facilement que la *répétition*. Au contraire, l'aïeul qui a pris chez lui un de ses petits-enfants *pour lui faire compagnie*, sera présumé avoir voulu l'entretenir gratuitement, à la différence de l'aïeul chez lequel l'enfant aurait été placé par son père ou par le conseil de famille *pour être plus à portée d'aller au collége*, etc. (Pothier, *du Quasi-contrat* negotiorum gestorum, n° 198; ajout. L. 34, ff. *de Negot. gest.*; L. 11 et 15, Cod. *eod tit.*).

78. — La créance d'aliments dus *ex officio pietatis*, aux termes de nos articles (203-211), ne peut être, en général, l'objet d'une compensation ni d'une saisie. En d'autres termes, les articles 1293-3° du Code Napoléon, et 581-2° du Code de procédure sont applicables, dans les cas, bien entendu, et sous les modifications déterminés par la loi (ajout. art. 582 procédure). Telle est l'opinion commune, et très-justement; car, d'une part, le mot *provisions alimentaires* employé par l'article 581, s'applique, dans sa généralité, aux aliments adjugés en vertu de la loi; et d'autre part, l'article 1293 du Code Napoléon devient par cela même applicable, puisque ces aliments sont ainsi *déclarés* insaisissables par la loi (Merlin, *Rép.*, t. I, v° *Aliments*, § 8, n° 3; Duranton, t. II, n°s 426, 427; Valette sur Proudhon, t. I, p. 450, note *a*; Zachariæ, t. II, p. 415).

Mais c'est au contraire une question fort controversée que celle de savoir si cette créance peut être vendue, peut être cédée. Cette question même se rattache à une autre difficulté plus générale : est-il vrai que les choses déclarées par la loi *insaisissables* et *incompensables*, soient aussi également *inaliénables* et *incessibles*? Ce n'est pas ici le lieu de discuter cette thèse sur laquelle règnent encore beaucoup d'obscurités et de dissidences.

Pour l'affirmative, on peut dire que les mêmes raisons au moins exigent alors l'inaliénabilité, et que la prévoyance de la loi se trouverait tout à fait en défaut, s'il en était autrement (art. 1004 procéd.; Nîmes, 18 décembre 1822, Barjeton-Durfort, Sirey, 1825, II, 86; Duranton, t. XVI, n° 165).

Il faut pourtant reconnaître qu'il n'existe aucun texte qui prononce cette inaliénabilité, et je conçois dès lors qu'on soit fondé à répondre, avec l'article 537, que chacun peut disposer de ce qui lui appartient, à moins qu'une loi ne s'y oppose (Cass., 31 mai 1826, Rollin, D., 1826, I, 292; Cass., 22 février 1831, Belet, Dev., 1831, I, 107; Cass., 1er avril 1844, Trublet, Dev., 1844, I, 468).

Quoi qu'il en soit, et pour ce qui concerne notre question actuelle en particulier, je n'hésite pas à croire que le droit lui-même, le droit de demander des aliments *ex officio pietatis*, est par son caractère essentiellement inaliénable : car il est inhérent à une qualité intransmissible; car il dérive de devoirs tout personnels; car, enfin, c'est là comme une sorte de droit d'usage exclusivement limité aux besoins de la personne elle-même (art. 208, 209; arg. des articles 631 et 634; Douai, 1er février 1843, Billoir, Dev., 1843, II, 188; Troplong, *des Transactions*, art. 2045, 2046, n° 96).

Mais faut-il en dire autant des arrérages de la créance, et le pensionnaire ne pourrait-il pas du moins céder *commoditatem alimentorum?* Je ne voudrais pas faire ici, du moins absolument, la même réponse : car, outre le motif déjà donné, qu'il n'y a aucun texte qui le défende, il se pourrait que la cession fût raisonnablement justifiée par les circonstances. Qui voudrait contester, par exemple, les délégations que le pensionnaire aurait données à ses fournisseurs

pour cause d'aliments? Que s'il a fait plus, s'il avait aliéné, moyennant un capital une fois payé, les arrérages à venir de la pension alimentaire, cette aliénation serait valable, si vous voulez, en tant qu'aucun texte ne la défend; mais il est clair aussi que la pension n'aurait pu être aliénée que *cum sua causa*, avec les chances de réduction ou de décharge qui l'affectent, et surtout sans aucune aggravation au préjudice du débiteur. Celui-ci pourrait donc refuser de servir les arrérages de la pension au tiers cessionnaire, si le cédant, après avoir dissipé le prix de la cession, se trouvait encore lui-même dans le besoin, ou s'il se trouvait en position de se suffire à lui-même. Ce n'est tout au plus que dans ces limites et sous ces conditions que la cession des arrérages d'une pension alimentaire me paraîtrait possible; et la concession ainsi faite n'est pas périlleuse. Qui voudrait traiter à telles conditions? (Troplong, *de la Vente*, t. I, art. 1598, n° 227; Zachariæ, t. II, p. 552.)

79. — Je n'ai eu à m'occuper ici que de la dette d'aliments résultant de la parenté ou de l'alliance. Des aliments peuvent être dus encore en vertu d'autres causes plus ou moins semblables (art. 212, 349; 367, 762, 955). Nous en traiterons successivement.

80. — Remarquons enfin qu'aux termes de la loi du 25 mai 1838, les juges de paix connaissent « des demandes en pension alimentaire n'excédant pas cent cinquante francs par an, et seulement lorsqu'elles seront formées en vertu des articles 205, 206 et 207 du Code Napoléon. » (Art. 6, n° 4.) J'applaudis à cette disposition, si pleine de convenance et d'humanité.

SECTION III.

DES DROITS ET DES DEVOIRS RESPECTIFS DES ÉPOUX.

SOMMAIRE.

81. — Division.

81. — Je traiterai successivement :

1° Des droits et des devoirs généraux des époux l'un envers l'autre ;

2° De l'autorisation du mari ou de justice nécessaire à la femme dans la plupart des actes de la vie civile.

§ I.

Des droits et des devoirs généraux des époux l'un envers l'autre.

SOMMAIRE.

82. — Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance. — Caractère de ces devoirs.
83. — De la fidélité entre époux.
84. — Du secours.
85. — De l'assistance.
86. — Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari.
87. — Le mari est donc le chef du ménage et de la famille. — Conséquences.
88. — La femme est obligée d'habiter avec son mari ; le mari est obligé de recevoir sa femme.
89. — L'article 214 ne fait pas double emploi avec l'article 108. — La femme mariée doit avoir non-seulement le même domicile, mais la même résidence que son mari.
90. — La femme est-elle obligée de suivre son mari même en pays étranger ?
91. — *Quid*, s'il s'agissait d'une émigration défendue par les lois politiques ?
92. — La femme, dont le mari se fait naturaliser en pays étranger, perd-elle sa qualité de Française ? — Renvoi.
93. — *Quid*, si la femme prétendait que sa santé ne lui permet pas

de suivre son mari dans le pays où il veut aller s'établir, ou qu'il règne dans ce pays des maladies contagieuses?

94. — Ce n'est que dans la maison du mari que la femme peut demander les aliments qui lui sont dus. — *Quid*, si des tiers lui en avaient fourni ailleurs? — Exceptions à la règle.

95. — Le mari ne peut rappeler sa femme près de lui que sous la condition d'avoir lui-même une habitation fixe, convenable et décente.

96. — Suite.

97. — Suite. — La femme peut-elle, sans demander sa séparation de corps, refuser d'habiter avec son mari, en se fondant sur les mauvais traitements qu'il lui fait subir?

98. — Suite.

99. — De quelle manière doit être entendue l'obligation où est le mari de recevoir sa femme?

100. — Comment le mari peut-il forcer sa femme à revenir à la maison conjugale, lorsqu'elle l'a désertée? — Comment la femme peut-elle forcer son mari à l'y recevoir? — Principe général.

101. — A. C'est la femme qui a abandonné le domicile conjugal : 1° peut-on la déclarer déchue de sa dot, ou de ses conventions matrimoniales, ou de ses gains nuptiaux?

102. — 2° L'abandon serait-il une cause de séparation de corps pour l'époux délaissé?

103. — 3° La femme devrait-elle ou du moins pourrait-elle être déclarée non recevable dans sa demande en séparation de biens, tant qu'elle n'aurait pas préalablement réintégré la maison maritale?

104. — 4° Le mari peut-il refuser des aliments et tout secours pécuniaire à sa femme? — Peut-il même retenir ses vêtements?

105. — 5° Le mari peut-il saisir les revenus des biens dont sa femme aurait la jouissance?

106. — 6° Ne peut-on pas aller plus loin et autoriser la saisie des revenus avec appropriation au profit de l'époux abandonné? — Ou prononcer, à son profit, une condamnation à des dommages-intérêts exécutoires sur tous les biens?

107. — 7° Peut-on ordonner que la femme sera ramenée de vive force, *manu militari*, dans le domicile conjugal?

108. — Suite. — Le président du tribunal peut-il, par ordonnance sur référé, autoriser le mari à faire reconduire sa femme à la maison conjugale?

109. — Suite. — Deux jugements sont-ils nécessaires : l'un, qui condamne la femme à rentrer dans le domicile conjugal; l'autre qui, à son refus, détermine les moyens de contrainte?

110. — B. Par quels moyens, à son tour, la femme peut-elle contraindre son mari à la recevoir?

111. — La femme prend le nom du mari et se trouve désormais associée, autant que le permet son sexe, à sa position sociale, à sa

noblesse, à ses honneurs. — *Quid*, à l'égard de la profession? — *Quid*, à l'égard de la nationalité?

82. — « Les époux se doivent mutuellement fidé-« lité, secours, assistance. » (Art. 212.)

Il n'y a point ici de pléonasme; nous allons voir que ces trois mots représentent trois ordres de devoirs distincts, ou qui du moins ne sont point absolument les mêmes.

Remarquez aussi que l'article 212 n'exprime pas seulement un précepte de morale, ni une simple exhortation. Ce sont là des devoirs sans doute, qui dérivent, avant tout, de la religion et de la morale, des devoirs aussi dont l'accomplissement veut surtout de l'élan et de la spontanéité; et le dévouement ne se commande pas! Mais enfin la loi, dans la mesure de ses moyens de contrainte, imprime à ces devoirs la sanction de la puissance publique: ils sont, en conséquence, civilement et juridiquement obligatoires (*voy.* notre t. I, n°s 3, 4).

83. — Les époux se doivent *fidélité :* l'adultère de l'un sera donc pour l'autre une cause de séparation de corps (art. 229, 230, 306 C. Nap.); et la violation de ce premier devoir conjugal est même réprimée par une peine correctionnelle (art. 337-339 C. pén.). Nous reviendrons bientôt sur ce sujet.

84. — Les époux se doivent *secours :* de là entre eux l'obligation alimentaire (*supra*, n° 34). Ce n'est pas ici une question *de contrat de mariage*, et il ne s'agit pas en ce moment de savoir pour quelle part chacun des époux doit contribuer aux charges du ménage (art. 1409, 1537, 1575). C'est une question *de mariage* (*supra*, t. III, n° 7); il s'agit de l'obligation de chacun des époux de nourrir et entretenir son conjoint lorsqu'il est dans le besoin, de cette obligation absolue, qui lui

est imposée indépendamment de toutes conventions matrimoniales, même après la séparation de biens (art. 1448), même après la séparation de corps (*supra*, n° 51; Paris, 18 août 1842, Ginisty, Dev., 1844, II, 187; ajout. avis du conseil d'État des 11 janvier et 2 février 1808; loi du 19 mai 1834, art. 20; loi du 9 juin 1853, art. 26).

85. — Les époux se doivent *assistance :* c'est-à-dire non pas seulement des *secours* en argent, des moyens pécuniaires d'existence, mais encore ces attentions, ces soins, cette *assistance* enfin, qui ne s'acquittent qu'en personne. Loin donc que les revers de fortune, les infirmités morales ou physiques, les maladies, même incurables ou contagieuses de l'un des époux, puissent autoriser l'autre à demander sa séparation, c'est alors surtout, dans ces tristes épreuves de la vie, que l'époux est appelé à remplir envers son époux malheureux la plus sainte et la plus noble des obligations du mariage.

86. — C'est la nature elle-même qui désigne le mari comme chef de la société conjugale; et la loi, pour organiser dans la famille la hiérarchie et la discipline, n'a eu qu'à reconnaître cette prééminence :

« Le mari doit protection à sa femme, la femme « obéissance à son mari. » (Art. 213.)

87. — C'est là un effet du mariage que les conventions matrimoniales ne sauraient détruire ni modifier (art. 1388); car l'ordre public est essentiellement intéressé au maintien des pouvoirs domestiques (art. 6). Aussi la femme, après avoir obtenu sa séparation de biens, alors même qu'il ne resterait plus rien au mari, n'en doit-elle pas moins toujours verser entre ses mains la somme nécessaire pour faire face aux besoins de la famille (art. 1448). La séparation de biens ne fait pas cesser le ménage commun; or, dès qu'il y a

ménage, le mari doit en être le chef (art. 213, 1388); et c'est bien là ce que supposent les articles 1448, 1537 et 1575, qui déterminent la manière dont la femme doit alors *contribuer* aux dépenses communes. Dans les familles comme dans les États, celui-là est surtout le maître, qui *tient les cordons de la bourse!* et on ne pourrait pas, sans porter atteinte à la puissance maritale, déclarer que la femme gardera dans ses mains le montant de sa contribution. De deux choses l'une, en effet : ou elle ne ferait que l'office d'un *caissier,* payant, à bureau ouvert, toutes les dettes que le mari contracterait; et alors vous auriez, sans aucune utilité, violé les droits de la puissance maritale; ou bien la femme ne serait pas forcée de payer toutes les dettes du mari, les dettes de jeu, de café, etc., et alors vous lui donnez l'autorité! vous mettez le mari en tutelle; et désormais, dans cette maison, tout va relever de la femme, et les enfants, et les domestiques; et, au dehors, le mari, déchu et humilié, n'aura désormais nul crédit. Ajoutez enfin que, s'il restait au mari quelques ressources, il faudrait, dans l'opinion contraire, aller jusqu'à dire que ce mari devrait lui-même remettre à sa femme sa part contributoire, car il ne se peut pas que chacun paye de son côté et pour sa part les fournisseurs, les maîtres de pension, etc.; or, ce serait là le renversement complet de tous les principes! (Merlin, *Rép.*, t. XII, v° *Séparation de biens,* sect. II, § 5, n° 8.)

Telle est donc la règle générale; mais je ne voudrais pas dire absolue. Ce mari est un dissipateur, un prodigue; l'argent ne tient pas dans ses mains, et si la femme lui remet aujourd'hui la somme nécessaire aux besoins de la famille pour trois mois, dès demain tout sera perdu. Comment faire? — L'interdire? mais nous ne supposons pas qu'il soit dans le cas de l'interdiction (art. 489). — Lui donner un conseil judi-

ciaire? mais il n'en aurait pas moins la disposition des revenus (art. 513). — Faire prononcer contre lui la séparation de corps? sans doute il pourrait souvent y avoir là une injure grave envers la femme (art. 231, 306); mais il ne serait pas impossible non plus que cet homme fût bon mari, et qu'il fût lui-même victime de déplorables entraînements, et que la femme ne voulût pas l'abandonner. Que vous dirai-je alors? Il faudrait prendre conseil de la nécessité, cette loi des lois; il faut, avant tout, que la femme vive, et aussi les enfants, et aussi le mari lui-même; et je crois alors que les magistrats pourraient décider que la femme payera les fournisseurs, les maîtres de pension, etc. — Échec à la puissance maritale! — Un peu, j'en conviens, et voilà pourquoi je présente ceci comme une exception sur laquelle il faudra être très-réservé. Mais cette exception, je la crois possible : 1° parce que c'est alors la justice elle-même, et non point la convention des époux, qui modifie la situation normale; 2° parce que, s'il en était autrement, la séparation de biens n'obtiendrait pas, dans beaucoup de cas, le but qu'elle se propose, comme par exemple lorsqu'elle est demandée par la femme qui n'a pas de biens, et qui veut seulement soustraire aux dissipations de son mari les produits de son travail et de son industrie (comp. Paris, 5 août 1807, de Montmorency, D., 1807, II, 181; *Observations* de Sirey, 1808, II, 9; Cass., 6 mai 1835, Lechevalier, Dev., 1835, I, 415.)

Mais, bien entendu, la femme ne pourrait pas être tenue de verser entre les mains de son mari sa part contributoire dans la pension alimentaire due à l'enfant commun; si cet enfant était majeur, c'est à l'enfant lui-même que la pension devrait alors être payée (Rouen, 8 juin 1824, de Titaire, Sirey, 1826, II, 60).

De même aussi le mari ne pourrait pas, pour assurer le versement dans ses mains de la part contributoire de la femme aux charges du ménage, lui refuser la restitution de ses biens (art. 1443-1445; Bordeaux, 27 avril 1831, Guyonnet, D., 1831, II, 144; ajout. Poitiers, 17 février 1842, Jamet, Dev., 1842, I, 472).

88. — Nous avons déjà signalé quelques conséquences positives du principe posé par l'article 213 (art. 148, 373, 384; *voy.* notre t. I, n° 148).

En voici une très-importante, et qui constitue l'un des effets les plus essentiels du mariage :

« La femme est obligée d'habiter avec le mari, et « de le suivre partout où il juge à propos de résider; « le mari est obligé de la recevoir et de lui fournir « tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, « selon les facultés de son état. » (Art. 214.)

De là, pour chacun des époux, un droit et un devoir corrélatifs :

1° Pour le mari, le droit de contraindre sa femme à résider avec lui, et le devoir de la traiter convenablement;

2° Pour la femme, le droit d'être reçue dans la résidence du mari, et le devoir aussi de ne pas la quitter.

Voyons quelle est l'étendue de cette obligation réciproque, et de quelle manière l'un des époux peut en obtenir l'accomplissement, en cas de refus de la part de l'autre.

89. — Et d'abord, la femme doit habiter avec son mari partout où il juge à propos de résider.

Habiter, *résider*.... remarquez ces mots, qui prouvent que l'article 214 ne fait pas double emploi avec l'article 108, qui nous a déjà dit que « la femme ma- « riée n'a point d'autre domicile que son mari. » Le domicile, c'est le *droit;* l'habitation, c'est le *fait* (t. I,

n° 344). Or, c'est du fait qu'il s'agit en ce moment; la femme doit donc avoir non pas seulement le même domicile légal, mais la même habitation, la même demeure que son mari.

90. — *Partout où il juge à propos de résider...*, par conséquent même en pays étranger.

A la vérité, il n'en était pas ainsi dans notre ancien droit (Pothier, *du Contrat de mariage*, n° 382; *de la Puissance du mari*, n° 1); et le projet du Code portait lui-même une restriction ainsi conçue : « Si le mari « voulait quitter le sol de la république, il ne pour- « rait contraindre sa femme à le suivre, si ce n'est « dans le cas où il serait chargé, par le gouvernement, « d'une mission à l'étranger exigeant résidence. » (Art. 2, correspondant à l'article 214, Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 393.)

Mais on fit observer que le mari pouvait être appelé en pays étranger par d'autres motifs encore, comme, par exemple, pour ses affaires, etc., et qu'il y aurait beaucoup d'inconvénients à ce qu'il fût obligé de laister sa femme loin de lui. Le Premier Consul déclara surtout énergiquement que l'obligation pour la femme de suivre son mari est *générale et absolue* (Locré, *loc., cit.*, p. 396). Aussi, cette seconde partie de l'article 214 fut-elle retranchée (Delvincourt, t. I, p. 75, note 5; Toullier, t. II, n° 616; Duranton, t. II, n° 435; Vazeille, t. II, n° 290; Zachariæ, t. III, p. 320).

91. — Proudhon excepte avec raison le cas où l'émigration serait défendue par les lois politiques (t. I, p. 453); car il est bien clair que la loi ne va pas jusqu'à imposer à la femme le devoir de se rendre complice d'un fait qu'elle prohiberait elle-même.

92. — Rappelons aussi que la femme ne perdrait pas sa qualité de Française, lors même que son mari se ferait naturaliser en pays étranger (comp. notre

Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général, etc., n° 175.)

93. — Si peu justifiée, ou même si déraisonnable que fût la détermination du mari d'aller s'établir dans un lieu quelconque, et même en pays étranger, la femme n'aurait donc, pour l'en détourner, que ses conseils et ses prières; elle ne saurait l'actionner en justice pour lui faire rendre compte de ses motifs, ni pour justifier sa résistance personnelle.

Mais voici que la femme vient dire que le climat du pays où son mari veut se fixer, ne convient pas à sa santé; et même elle est déjà dans un tel état de maladie, que ce déplacement et ce voyage peuvent lui faire beaucoup de mal. Elle ne sera pas écoutée, disait Pothier (n° 383), lors même qu'il régnerait des maladies contagieuses dans l'endroit où son mari veut s'établir. Telle est, je le crois aussi, la règle générale; il importe de la maintenir, et de se défier de tous ces motifs, de tous ces prétextes le plus souvent, par lesquels la femme essayerait de se soustraire à cette obligation la plus essentielle du mariage.

Toutefois, je ne voudrais pas dire que cette règle ne peut absolument comporter aucune exception; et s'il était, en effet, prouvé que la santé de la femme ne lui permet pas, sans danger, ou même sans une sérieuse souffrance, de suivre son mari; si ce mari surtout voulait s'en aller au loin, dans les îles, par exemple, pour courir après la fortune; si, enfin, toutes les circonstances du fait justifiaient la résistance de la femme, résistance fondée sur l'état de sa santé, je pense qu'il appartiendrait aux magistrats de la dispenser, du moins quant à présent, d'entreprendre un voyage au-dessus de ses forces, et qui pourrait même mettre en péril son existence : avant tout, le mari doit protection à sa femme! (Art. 213.)

94. — Ce n'est donc que dans le domicile, ou plutôt dans l'habitation même du mari, que la femme peut demander les aliments qui lui sont dus; et les tiers qui lui en fourniraient ailleurs, ne devraient point avoir d'action contre le mari (Grenoble, 20 juill. 1824, Albert, D., 1825, II, 106; Montpellier, 4 mai 1847, Royer, Dev., 1847, II, 418; Grenoble, 11 mars 1851, Eymard, Dev., 1851, II, 627; Trib. civ. de la Seine, 1re chambre, 8 mai 1860, Lambel, *Gazette des tribunaux* du 12 mai 1860).

Telle est, du moins, la règle générale; mais on conçoit qu'il en serait autrement :

1° Si le mari lui-même avait consenti à ce que sa femme se procurât des aliments hors de la maison conjugale; et il faudrait alors prendre en considération soit le montant des dépenses, soit aussi la circonstance que le mari jouissait des biens de sa femme (Bordeaux, 8 juin 1839, Poulet, Dev., 1839, II, 416; Cass., 13 févr. 1844, de La Planche, Dev., 1844, I, 662; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 229; Aubry et Rau, t. IV, p. 121.);

2° Si la femme, indépendamment même du consentement ou de la tolérance du mari, qui la laissait vivre séparée de lui, avait de justes motifs pour ne pas se rendre, du moins en l'état des faits, dans la maison conjugale.

95. — C'est qu'en effet le mari ne peut exercer le droit qui lui appartient de rappeler sa femme près de lui, que sous la condition de remplir à son tour le devoir corrélatif, que la loi lui impose, *de la recevoir selon ses facultés et son état* (art. 214).

Il devrait donc être déclaré, quant à présent, non recevable :

1° S'il n'avait lui-même nulle part d'habitation certaine et de résidence fixe : « Mulier sequi debet mari-

« tum, nisi vagabundus sit. » (Ferrière, v° *Femme mariée.*) ;

2° Si son logement n'était pas décent, eu égard à sa position et à celle de sa femme ;

3° Enfin, lors même qu'il aurait une demeure extérieurement convenable, s'il s'y passait des choses qu'une femme, qui se respecte, ne puisse pas supporter; comme si, par exemple, le mari se livrait à quelque profession honteuse, ou s'il entretenait une concubine dans sa maison même (comp. Bruxelles, 11 mars 1807, Poot, Sirey, 1807, II, 262; Cass. 12 janv. 1808, Daubremez, Sirey, 1808, I, 145; Cass., 26 janv. 1808, Daveluy, D., 1808, I, 105; Paris, 19 avril 1817, Afforty, Sirey, 1818, II, 63; Cass., 9 janv. 1826, Testu, D., 1826, I, 121; Merlin. *Rép.*, t. VII, v° *Mari*, § 2, n° 1; Duranton, t. II, n° 437; Vazeille, t. II, n°s 296-299; Odilon-Barrot, *Encyclop. du droit*, v° *Abandon d'époux*).

96. — Objecterez-vous que la séparation de corps est le seul moyen par lequel la femme puisse être légalement dispensée de l'obligation d'habiter avec son mari, et que tant qu'elle ne la demande pas, cette obligation est toujours absolue? (*Voy.* Bruxelles, 13 août 1806, Poot, Sirey, 1807, II, 28.)

Beaucoup de réponses se présentent :

1° Il ne s'agit pas ici de relever la femme, une fois pour toutes et irrévocablement, de son devoir de cohabitation; ce que je dis, c'est que, dans l'état actuel des choses et quant à présent, le mari se rend lui-même non recevable à l'y contraindre. Condamnons toujours, si vous voulez, la femme à retourner avec son mari, mais à la charge par le mari de ne pouvoir exiger sa rentrée dans le domicile conjugal qu'autant qu'il aura fait cesser les obstacles qui, aux yeux mêmes des magistrats, légitiment en ce moment la résistance de la femme;

2° Il serait d'ailleurs possible, soit que la conduite du mari ne fût pas une cause de séparation de corps, qu'il y eût seulement de sa part originalité, travers d'esprit, plutôt que méchanceté; soit que la femme elle-même, en tout cas, ne voulût pas demander cette séparation; or, loin que la loi lui fasse toujours une nécessité absolue de demander la séparation de corps, pour être dispensée de l'habitation commune, l'article 214 atteste que cette obligation de la part de la femme est corrélative au devoir réciproque du mari de la traiter convenablement;

3° La femme, enfin, n'a peut-être pas de plus grand désir que celui de rentrer au domicile marital; mais elle attend le terme d'un égarement passager peut-être.... elle attend le départ de la concubine.

97. — Il y a toutefois un cas où je n'admettrais pas que la femme pût être dispensée, même quant à présent, de son devoir de cohabitation, si elle ne formait pas une demande en séparation de corps; c'est lorsqu'elle allègue, comme cause de son refus, les mauvais traitements qu'elle a essuyés de la part du mari (Pothier, n° 383). Pourquoi cela? Est-ce parce que les mauvais traitements peuvent être une cause de séparation (art. 231, 306), et que si, en effet, les griefs de la femme sont légitimes, elle doit former sa demande en séparation? non, tel n'est pas mon motif; car je viens de dire que la femme peut, sans demander sa séparation de corps, refuser de se rendre dans la maison conjugale où le mari entretient une concubine (art. 230). Mais voici, suivant moi, la raison de cette différence : ce n'est pas pour des faits passés que la femme peut être dispensée, quant à présent, de son devoir de cohabitation; c'est pour des faits actuels, pour des faits du moment même; or, les mauvais traitements sont, par leur nature même, des

faits antérieurs, des faits désormais accomplis. Sans doute, ils ont pu être tels, que la femme soit en droit de demander sa séparation de corps! Qu'elle la demande donc, si elle veut! mais si elle ne la demande pas, si elle pardonne, elle ne peut point, par crainte de mauvais traitements à venir, refuser de cohabiter avec son mari.

Bien différentes sont les hypothèses qui précèdent!

Quand la femme dit à son mari : « Le logement que vous m'offrez n'est pas décent! — Vous avez une concubine chez vous! » ces griefs-là nous dénoncent un état de choses actuel, qui dès lors, et quant à présent, justifie la résistance de la femme; mais que cet état de choses vienne à cesser, aussitôt la femme devra se rendre près de son mari. Eh bien! les mauvais traitements, dont vous parlez, sont passés; retournez donc, ou demandez votre séparation. Aussi, ne saurais-je considérer comme juridique une décision contraire de la Cour de Montpellier (25 déc. 1830, Fabre, Dev., 1831, II, 331; *voy.* aussi Nancy, 21 janv. 1858, la Dame G...., Dev., 1858, II, 75).

98. — Je ferai encore une remarque, c'est que, si le mari, qui peut recevoir convenablement sa femme, et qui ne le fait pas, doit être, quant à présent, déclaré mal fondé dans sa demande afin de la faire revenir avec lui, il ne serait ni juridique ni équitable d'imputer à faute au mari ses revers de fortune et son indigence. — Le mari n'a plus de logement! il n'a plus qu'une chambre! — Eh bien! que la femme, si elle en a les moyens, subvienne aux besoins du ménage; qu'elle fournisse une somme suffisante pour que les époux soient convenablement logés; et qu'elle ne reproche pas au mari de n'avoir pas de logement, quand c'est elle-même qui doit alors lui donner les moyens d'en avoir un!

99. — J'ai dit aussi (*supra*, n° 88) que c'est pour la femme, non-seulement un devoir, mais un droit de partager l'habitation de son mari et d'y être reçue et traitée maritalement (art. 214). Sans doute, il y a ici une limite, au delà de laquelle les devoirs entre époux ne sont plus des devoirs juridiques, des devoirs auxquels la loi puisse prêter sa sanction. Mais enfin, la loi n'en pose pas moins toujours le principe, pour qu'il soit maintenu en droit, et appliqué en fait, autant que les convenances le permettent. Si donc une décision judiciaire déclarait qu'un mari satisfait à l'article 214, en distribuant son logement de telle façon, qu'il y ait deux appartements distincts et séparés : l'un pour lui, l'autre pour sa femme, et sans aucune communication entre eux, la Cour suprême pourrait y voir, non pas seulement un *mal jugé*, mais une violation même de la loi (Cass., 20 janvier 1830, dame N..., Dev., 1830, I, 60).

100. — Reste enfin sur cette réciproque obligation des époux, une dernière et difficile question :

Par quels moyens chacun d'eux peut-il en obtenir l'exécution contre l'autre qui s'y refuse?

Comment le mari peut-il forcer sa femme à revenir à la maison conjugale, lorsqu'elle l'a désertée ?

Comment la femme peut-elle forcer son mari à l'y recevoir?

Il fut reconnu, à peu près sans contradiction, dans le Conseil d'État, que « toutes ces difficultés doivent être abandonnées aux mœurs et aux circonstances. » (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 396.) Au milieu de toutes les dissidences qui s'agitent aujourd'hui sur ce point, je crois que cette proposition est très-vraie, et surtout qu'elle est la seule qui puisse être présentée comme générale. D'une part, la loi n'a pas déterminé les moyens de contrainte par lesquels l'accomplissement

forcé de ce devoir du mariage pourrait être obtenu ; et d'autre part, les moyens ordinaires par lesquels un créancier est autorisé à poursuivre contre son débiteur l'accomplissement de l'obligation, ces moyens ne conviennent pas, en partie du moins ni toujours, à cette espèce toute spéciale d'obligation; car il ne s'agit pas ici d'une créance ni d'une dette ordinaire; il s'agit d'un droit de puissance et de protection maritale. En cet état, il me semble que le silence de la loi autorise les magistrats à employer tous les moyens qui leur paraissent, eu égard aux circonstances, les plus propres à atteindre le but; tous les moyens, dis-je, excepté ceux, bien entendu, qui seraient contraires à quelque texte de loi ou à l'ordre public. Ce pouvoir discrétionnaire des tribunaux me paraît résulter, soit de la discussion précitée du Conseil d'État, soit de la nécessité de garantir l'exécution de cette obligation essentielle du mariage, qui ne saurait être abandonnée au caprice et à l'inconstance des époux, soit enfin de la nécessité, essentielle aussi, de maintenir l'autorité du pouvoir judiciaire qui doit toujours avoir le droit, dès qu'il peut ordonner, de pouvoir assurer l'exécution de ses ordres. C'est sous l'empire de cette règle que j'ai voulu d'abord me placer pour examiner ensuite les différents moyens d'exécution qui ont été proposés, et qui sont encore l'objet de vives controverses.

101. — A. Supposons d'abord que c'est la femme qui a abandonné le domicile conjugal ;

1° Pourrait-on la déclarer déchue de sa dot ou de sa part dans la communauté? l'ancien droit lui-même ne permettait pas de prononcer cette déchéance (Cass., 2 ventôse an II, Marie Portes, Merlin, *Quest. de droit*, t. II, v° *Dot,* § 5); tandis qu'au contraire, il déclarait privée de son douaire la femme qui avait abandonné son mari sans cause légitime, *si elle n'était avec*

lui lors de son décès (cout. de Normandie, art. 361, 362; d'Anjou, art. 314; de Bretagne, art. 451; Pothier, *du Douaire*, n° 257). Mais il me paraît certain qu'aujourd'hui les tribunaux ne pourraient prononcer aucune privation de ce genre, aucune déchéance des avantages que le conjoint aurait reçus de son conjoint. Aucun texte n'autorise, en pareil cas, une telle révocation; ce serait donc là un moyen contraire à la loi, et qui dès lors ne saurait rentrer dans le pouvoir discrétionnaire des magistrats (Colmar, 4 janv. 1817, Boissard, Sirey, 1818, II, 123; Duranton, t. II, n° 437; Odilon Barrot, *Encyclop. du droit*, v° *Abandon d'époux*, art. 1, n° 2).

102. — 2° L'abandon serait-il une cause de séparation de corps pour l'époux délaissé?

L'affirmative, suivie dans l'ancien droit (parlement de Paris, 7 septembre 1779, Delpech) avait été consacrée par la loi du 20 septembre 1792, d'après laquelle *le divorce* pouvait être fondé « sur l'abandon de la femme par le mari, ou du mari par la femme, pendant deux ans au moins » (§ 1, art. 4, n° 5); et même dans le projet de Code Napoléon, *l'abandon* se trouvait aussi au nombre des causes déterminées de divorce, et par conséquent aussi de séparation de corps (art. 306 Cod. Napol.). Mais cette disposition du projet ayant été retranchée, il faut en conclure que l'abandon, par lui-même et par lui seul, ne constitue pas une cause déterminée de séparation de corps. Il y aurait eu là, en effet, le double danger, soit d'admettre indirectement la séparation de corps par consentement mutuel à l'aide d'un abandon concerté (art. 307), soit d'encourager et de récompenser les persécutions et les brutalités de l'époux qui voudrait forcer son conjoint à déserter le domicile conjugal. Mais si l'abandon n'est pas et ne devait pas être une

cause distincte et déterminée de séparation, il faut reconnaître aussi qu'il peut, suivant sa durée et les autres circonstances plus ou moins aggravantes qui l'accompagnent, dégénérer en *injure grave* (art. 231, 306), et devenir, à ce titre, un moyen de séparation pour l'époux délaissé ; celui-ci pourrait donc le proposer, et ce serait là une première sanction de notre article 214, sanction toutefois très-insuffisante, puisque, loin de faire cesser l'abandon, elle le maintient et le consacre.

103. — 3° Le mari ne pouvant décider sa femme à revenir avec lui, se met à dévaster sa fortune ; il abat ses bois, il démolit ses maisons, etc. ; la femme alors peut-elle demander sa séparation de biens ?

Non, a-t-on dit; elle ne peut pas invoquer ses droits lorsqu'elle refuse elle-même de remplir ses devoirs; elle doit donc être déclarée non recevable tant qu'elle ne rentre pas au domicile marital (Turin, 8 déc. 1810, Depétris, Sirey, 1811, II, 270).

Mais je ne saurais admettre cette doctrine : soit parce que les articles 1443, 1531 et 1563 ne soumettent à aucune fin de non-recevoir le droit de la femme de demander sa séparation de biens, quand sa dot est en péril dans les mains du mari ; soit parce que si le devoir du mari de bien administrer la fortune de sa femme et le devoir de celle-ci de demeurer avec son mari, ont également pour cause première le mariage, il n'existe pourtant pas entre ce devoir et ce droit une intimité nécessaire, ni une corrélation directe; soit enfin parce que ce serait là du désordre, et que la loi ne peut pas autoriser des voies de fait, même à titre de représailles.

Je crois, d'ailleurs, qu'en aucun cas cette fin de non-recevoir ne serait admissible, lors même que le péril de la dot ne proviendrait que du désordre des affai-

res du mari, mais sans aucune dilapidation méchante et intentionnelle de sa part; car il importe toujours à la femme, aux enfants, au mari, et même à la société, que la dot soit sauvée (Paris, 19 avril 1817, Lauré, Sirey, 1818, II, 63; Amiens, 18 août 1826, Baurain, Sirey, 1829, II, 232; Poitiers, 15 août 1836, Renaud, Dev., 1836, II, 461).

104. — 4° Voilà le mari délaissé, qui refuse des aliments et tout secours pécuniaire à sa femme; le peut-il?

Oui, certes; et de tous les moyens, celui-ci, lorsqu'il est possible, est le plus légitime; car l'obligation du mari de nourrir et entretenir sa femme est directement corrélative à l'obligation de la femme de résider avec son mari (*supra*, n° 88; comp. Montpellier, 4 mai 1847, Roques, Dev., 1847, II, 418; Trib. civ. de la Seine, 1re chambre, 8 mai 1860, Lambel, *Gazette des Tribunaux* du 12 mai 1860; *voy.* toutefois Montpellier, 23 déc. 1830, Dev., 1831, II, 331; ajout. Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 376; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 228; Aubry et Rau, t. IV, p. 119; Demante, t. I, n° 297 *bis*, III).

Et je crois, par les mêmes motifs, que le mari est fondé à retenir même les vêtements de sa femme; c'est là du moins une faculté dont les tribunaux peuvent certainement autoriser l'exercice, suivant les cas et sous la condition de respecter toujours les convenances (comp. Toulouse, 24 août 1818, N.... C. N...., Sirey, 1821, II, 249; Odilon Barrot, *Encyclop. du droit*, art. 1, n° 4).

Ce moyen, ce refus d'aliments, de vêtements, de secours pécuniaire, me paraît, je le répète, le plus juridique, le plus légal.

Mais, par malheur, il peut arriver qu'il soit ou impraticable ou inefficace : *impraticable*, si la femme

elle-même perçoit ses revenus personnels comme dans le cas de séparation de biens (art. 1449, 1536) ou de régime dotal avec biens paraphernaux (art. 1576); *inefficace*, si, lors même que le mari a la jouissance des biens de sa femme, celle-ci reçoit d'ailleurs des moyens d'existence, soit de la part de sa famille, soit même, qui sait ? de la part d'un tiers, de la part d'un étranger !

105. — 5° Autoriserons-nous alors le mari à saisir les revenus des biens dont la femme aurait la jouissance ?

Non, dit M. Duranton (t. II, n°s 438, 439), dont la doctrine est suivie par MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing (t. I, n° 367).

Le mari n'est pas créancier ; la femme n'est pas débitrice; comment donc pratiquer sur les biens une voie d'exécution que la loi n'a instituée que comme un moyen de payement forcé. Ce serait là une décision arbitraire, une décision *parlementaire* qui pouvait être bonne autrefois, mais qui ne l'est plus aujourd'hui.

Oui, répondrai-je : car les tribunaux, ont, en pareil cas, le choix des moyens parmi tous ceux qui ne sont contraires ni à un texte de loi, ni aux bonnes mœurs ; or, je ne crois pas qu'on puisse faire ce reproche à la saisie des revenus de la femme. Si les magistrats pensent que ce moyen peut réussir, pourquoi donc leur serait-il interdit de l'employer ? Le mari n'est pas créancier, j'en conviens ; aussi ne sera-ce point là une voie d'exécution ordinaire. Ce sera un moyen que les magistrats pourront employer, en vertu du droit suprême qu'ils ont toujours d'assurer l'exécution forcée de leurs décisions, par toutes les voies praticables, lorsque la loi, comme dans notre hypothèse, n'en ayant pas tracé de spéciales, s'en est ainsi rapportée à

leur prudence. Les magistrats aviseront donc et régleront le mode d'exécution de ce moyen, en ordonnant, par exemple, que les revenus seront mis en séquestre, etc. (Paris, 22 prairial, an XIII, Pleumartin, Sirey, 1806, II, 15; Toulouse, 24 août 1818, N...., Sirey, 1821, II, 249; Colmar, 10 juillet 1833, les époux N...., Dev., 1834, II, 127; Paris, 14 mars 1834, Geiger, Dev., 1834, II, 159; Delvincourt, t. I, p. 74, note 4; Vazeille, t. II, n° 291; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 120; Massé et Vergé, t. I, p. 229; Demante, t. I, n° 297 *bis*, III; Roger, *de la Saisie-arrêt*, n° 202 *bis*.)

106. — 6° Ne peut-on pas même aller plus loin et autoriser la saisie des revenus avec appropriation au profit de l'époux abandonné? (Riom, 13 août 1810, Bachelier, Sirey, 1813, II, 239;) ou encore prononcer à son profit une condamnation à des dommages-intérêts, exécutoire sur tous les biens?

Pour la négative, on a dit : d'une part, il ne s'agit pas ici d'une obligation qui puisse se résoudre en dommages-intérêts, il s'agit de la puissance maritale; d'autre part, les dommages-intérêts ne sont accordés que pour indemniser le créancier du préjudice qu'il a éprouvé ou du gain dont il a été privé (art. 1149), et ils ne sauraient être prononcés comme moyen de contrainte à l'effet seulement d'obtenir l'exécution d'une obligation; ne serait-ce point là, d'ailleurs, un titre odieux d'acquisition, très-peu propre à opérer le rapprochement des époux? (Colmar, 4 janv. 1817, Boissard, Sirey, 1818, II, 123; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 120; Odilon Barrot, *Encyclop. du droit*, v° *Abandon d'époux*, art. 1, n°s 2 et 3.)

Il n'est pas douteux que ce moyen peut avoir des inconvénients, des dangers même; aussi, je pense que les magistrats devraient très-rarement l'employer, et surtout lorsqu'ils y auront recours, y mettre beau-

coup de modération et de prudence. Mais enfin, si, d'après les circonstances du fait, ce moyen lui-même leur paraissait praticable et utile, est-il donc vrai qu'il ne serait pas légal? J'ai déjà répondu à l'argument tiré de ce qu'il ne s'agit point ici d'un droit de créance ordinaire. Sans doute; mais il s'agit d'un devoir du mariage, qui ne peut être un vain mot, d'une décision de la justice, qu'il faut faire respecter; or, encore une fois, la loi, par son silence, autorise tous les moyens par lesquels les magistrats estiment, suivant les cas, pouvoir atteindre ce but; les dommages-intérêts, d'ailleurs, sont souvent alloués à une partie proportionnellement à la demeure de l'autre, par chaque jour, par chaque semaine ou chaque mois de retard; ce retard même est une cause de préjudice (art. 1382); et les dommages-intérêts accordés à titre de réparation de ce tort, deviennent en même temps ainsi un moyen de contrainte pour obtenir l'exécution de l'obligation. Il serait même peut-être plus facile de justifier cette condamnation à des dommages-intérêts que la saisie générale des revenus de la femme; car, dans le premier cas, le mari acquiert, par la condamnation même, une créance qu'il n'a pas dans le second (Duranton, t. II, n° 439).

107. — 7° Reste enfin un dernier moyen encore, la contrainte personnelle par l'emploi de la force publique, *manu militari*.

Une opinion a prétendu que cet expédient serait tout à la fois illégal, impuissant et scandaleux : il serait illégal; car, aux termes de l'article 2063, la contrainte par corps ne peut être prononcée que dans les cas déterminés par une loi formelle; or, aucune loi ne l'autorise dans le cas qui nous occupe. Il serait impuissant; car après avoir ramené la femme de vive force dans le domicile de son mari, après avoir com-

mis cet attentat à sa liberté individuelle, vous n'auriez encore rien fait, si vous ne la renfermiez pas, si vous ne la teniez pas en *chartre privée* dans ce domicile; or, ce serait là une véritable incarcération évidemment impossible. Il serait enfin scandaleux de voir la femme conduite, et qui sait même! traînée violemment peut-être par les huissiers et les gendarmes dans la maison maritale. De tels procédés sont par trop contraires à nos mœurs, à nos habitudes sociales, et ne pourraient, d'ailleurs, qu'aigrir de plus en plus, et d'une manière irréparable, les époux l'un contre l'autre (Toulouse, 24 août 1818, N..., Sirey, 1821, II, 249; Colmar, 10 juillet 1833, les époux X..., Dev., 1834, II, 127; Delvincourt, t. I, p. 75, note 4; Duranton, t. II, n° 440; Duvergier sur Toullier, t. I, IIe partie, n° 616, note 1; Pont, *Revue crit. de jurisprudence*, 1851, p. 594 et 1852, p. 530; le recueil de M. Dalloz renferme aussi deux arrêts des cours provinciales de la Gueldre, 6 juin 1849, G. W..., et de la Hollande méridionale, 6 janv. 1850, N..., qui ont jugé par interprétation du Code Napoléon, que la femme, qui refuse de rentrer dans le domicile conjugal, ne peut pas y être contrainte par la force publique. (D. 1852, II, 105, 106).

Je ne crois pas que cette doctrine soit fondée.

La voie de contrainte personnelle ne me paraît point, dans ce cas, illégale; car il ne s'agit pas de la contrainte par corps proprement dite, de cette contrainte dont s'occupe l'article 2063, et qui a pour but de priver de sa liberté le débiteur incarcéré. Bien différente est notre hypothèse; l'emploi momentané de la force publique alors n'a lieu que pour procurer l'exécution d'un ordre légitime et régulier de la justice. Un intrus a envahi mon domicile et n'en veut pas déguerpir. Croyez-vous donc que je ne pourrai pas être autorisé

à le faire mettre dehors de vive force? sans aucun doute. Eh bien! c'est ici le même principe; c'est la force qui doit rester à la loi! — Elle ne lui restera pas, dites-vous, puisque la femme quittera immédiatement le domicile du mari, si vous ne l'y enfermez pas; la mesure ne peut donc être efficace qu'en devenant illégale. — Je crois, au contraire, que cette voie de contrainte pourra, quelquefois et souvent même, produire de salutaires résultats. Plus d'une femme retournera d'elle-même près de son mari plutôt que d'y arriver avec une escorte d'huissiers et de gendarmes. Il y a là, dans cette seule menace de l'emploi de la force publique, un effet d'intimidation, une puissance préventive qui ne sauraient être méconnus. Et si vous supposez qu'il faudra en venir à l'exécution, eh bien! je nie qu'il soit toujours, à beaucoup près, certain que la femme, une fois ramenée près de son mari, n'aura rien de plus pressé que de s'enfuir à l'instant même. Qui ne sait combien sont frivoles souvent les causes de ces mésintelligences domestiques, et tout ce que les influences étrangères et les mauvais conseils peuvent avoir d'empire sur les dispositions de la femme! ce n'est peut-être qu'une querelle du moment, qu'une vivacité accidentelle qui a déterminé son départ; mais elle ne veut pas revenir pourtant, elle ne l'ose pas peut-être. Soit entêtement, soit amour-propre et fausse honte, elle reste de son côté, n'ayant d'ailleurs contre son mari aucun grief sérieux. Mettez ces deux époux en présence, et souvent voilà la réconciliation opérée. — C'est tout le contraire! vous allez exaspérer la femme par cet éclat, par ce scandale! — N'exagérons pas ce prétendu scandale; il se peut très-bien que personne, même dans le voisinage, ne s'aperçoive que deux agents de la force publique viennent d'emmener la

femme pour la conduire chez son mari. C'est d'ailleurs aux magistrats qu'il appartient d'apprécier les circonstances, et d'autoriser ou de ne pas autoriser, suivant les cas, l'emploi de ce moyen (Cass., 6 janvier 1829, Mabru, D., 1829, I, 93; Aix, 23 mars 1840, Hombres, Dev., 1840, II, 474; *voy.* toutefois Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 120).

Dans cette limite, je persiste à croire que la contrainte personnelle est un moyen légal et qui peut souvent atteindre le but (Paris, 29 mai 1808, Ampère, Sirey, 1808, II, 199; Pau, 12 avril 1810, Latrille d'Abère, Sirey, 1810, II, 241; Turin, 17 juill. 1810, Vinardi, Sirey, 1812, II, 414; Colmar, 14 janv. 1817, Boissard, Sirey, 1818, II, 123; Nancy, 11 avril 1826, Liégey, Sirey, 1826, II, 200; Cass., 9 août 1826, Liégey, Sirey, 1827, I, 88; Aix, 29 mars 1831, Abbadie, Dev., 1833, II, 92; Dijon, 25 juillet 1840, dame V....., Dev., 1840, II, 281; Vazeille, t. II, n° 291; Toullier, t. XIII, n° 109; Zachariæ, t. III, p. 321; Valette sur Proudhon, t. I, p. 453, note *a*; et *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 117, 118; Marcadé, art. 214, n° 2; Odilon Barrot, *Encyclop. du droit*, art. 2, n°s 6, 13; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 229; Coin-Delisle, *de la Contrainte par corps*, art. 2063, n° 4; Troplong, *de la Contrainte par corps*, n° 258; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 367; Demante, t. I, n° 297 *bis*, III).

103. — Mais quelle est, en pareil cas, la procédure à suivre? Le président du tribunal peut-il, par ordonnance sur référé, autoriser le mari à faire arrêter sa femme, et à la faire conduire à son domicile?

Le titre du mari, dit-on, est dans la loi elle-même; il n'y a point alors vraiment de litige; pourquoi donc une simple ordonnance ne suffirait-elle pas? (Paris, 29 mai 1808, Ampère, Sirey, 1808, II, 199.)

Elle ne suffit pas, selon moi, parce que si le titre de mari est dans la loi, cette loi pourtant n'a pas déterminé les moyens par lesquels il pourrait obtenir l'exécution forcée de son titre, et que c'est là une question qui ne peut être décidée que par le tribunal entier.

109. —Mais, devant le tribunal lui-même, de quelle manière faut-il procéder? Un seul jugement suffit-il? ou deux jugements sont-ils nécessaires : l'un qui condamne la femme à rentrer dans le domicile conjugal; l'autre qui, à son refus, détermine les moyens de contrainte?

Ce dernier mode de procéder a été plusieurs fois pratiqué (Bruxelles, 13 août 1806, Charles Poot, Sirey, 1807, II, 28; Paris, 17 août et 7 décembre 1824, Naylies, D., 1830, I. 60); mais il ne me paraît pas nécessaire. Sans doute, il faut que la femme soit préalablement mise en demeure de réintégrer le domicile conjugal; l'usage, à Paris, paraît être d'agir, à cet effet, par voie de référé devant le président du tribunal, qui autorise « le requérant à se présenter, assisté de « M. le juge de paix de l'arrondissement, » à l'endroit où réside actuellement sa femme, « pour, par ce ma- « gistrat, faire à ladite dame sommation de réintégrer « le domicile conjugal...., et toutes observations et « injonctions propres à l'y déterminer..., etc. » (De Belleyme, *Ordonn. sur requêtes et sur référés*, t. I, p. 32, 33.) Cette forme est assurément très-convenable en pareille occurrence; mais elle n'est pas non plus nécessaire; aussi n'est-elle pas usitée dans beaucoup d'autres lieux, où une simple sommation est employée pour constater le refus de la femme. Le mari saisit ensuite le tribunal de sa demande. et je crois que, par le même jugement, les magistrats peuvent alors condamner la femme à réintégrer le domicile conjugal, et

déterminer de suite, en cas de résistance de sa part, les moyens que le mari pourra employer.

Mais si, dans le jugement, ces moyens n'avaient pas été autorisés, je pense alors moi-même qu'il faudrait revenir devant le tribunal pour les faire déterminer (*voy.* toutefois Odilon Barrot, *Encyclop. du droit*, art. 3, n° 14).

110. — B. L'obligation du mari de recevoir sa femme ne saurait non plus demeurer dépourvue de sanction. Les tribunaux pourront donc employer aussi, pour l'y contraindre, tous les moyens praticables dont la loi, par son silence, leur laisse encore ici l'appréciation et le choix. C'est ainsi qu'ils pourront condamner le mari à fournir des aliments à sa femme en dehors de ce domicile conjugal où il ne veut pas l'admettre, et porter alors la condamnation à un chiffre d'autant plus élevé (Lyon, 30 nov. 1811, Treblaine, Sirey, 1812, II, 63; Cass., 28 déc. 1830, Kenny, Dev., 1831, I, 11).

Et la condamnation à des dommages-intérêts pécuniaires, qui ne m'a point paru impossible au profit du mari contre la femme, me paraîtrait plus admissible encore au profit de la femme contre le mari, surtout si ce mari, qui ne veut pas recevoir sa femme, avait la jouissance de ses biens personnels (Pothier, n° 381).

Enfin, je ne vois pas pourquoi les magistrats n'auraient pas la faculté d'ordonner également, dans l'intérêt de la femme, l'emploi de la force publique, à l'effet de lui faire ouvrir le logement du mari, toujours, bien entendu, sous la réserve de leur pouvoir souverain d'appréciation, et sous la condition de n'ordonner aucune mesure contraire à la loi ou à l'ordre public (comp. Paris, 17 août et 7 déc. 1824, Naylies, D., 1830, I, 60; Toullier, t. XIII, n° 110; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 121; Massé et Vergé, t. I, p. 230;

Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 368; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 118).

C'est par application de cette dernière exception qu'ils ne pourraient pas autoriser l'emploi de la force publique à l'effet de ramener le mari lui-même soit dans la maison de la femme, soit dans sa propre maison. Ce serait là un renversement de rôles, une atteinte flagrante à la puissance maritale, une mesure enfin contraire à toutes nos idées, à toutes nos mœurs (comp. Douai, 2 juin 1852, B....., Dev., 1853, II, 215; Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra cit.*; Odilon Barrot, *Encyclop. du droit*, art. 5, n° 18).

111. — Je termine enfin par une dernière observation ce qui concerne les effets généraux du mariage entre les époux.

La femme prend le nom du mari, et se trouve désormais associée, autant que le permet son sexe, à sa position sociale, à sa noblesse, à ses honneurs. C'est là une conséquence très-conforme à la nature du mariage, et qui a été de tout temps reconnue (L. 1, § 1, et L. 8, ff. *de Senatoribus*; L. 9, Cod. *de Incolis; Nouveau Denizart*, v° *Femme*, et v° *Anoblissement*; Ferrière, *Dictionn.*, v° *Femme mariée*). Telles sont toujours aussi nos habitudes et nos mœurs.

Entendons-nous toutefois! autre chose est la condition, autre chose la profession (Cass., 26 févr. 1845, Monnoyer, Dev., 1845, I, 731). De ce que la femme suit, en général, la condition sociale de son mari, il n'en faut pas conclure que la profession du mari devienne aussi celle de la femme. Le mari peut donc être marchand, laboureur ou vigneron, sans qu'on soit autorisé à dire que sa femme est, à ce titre et par cela seul, du même état et de la même profession que lui (art. 1326).

Quant à la nationalité, nous savons que le mariage

est pour la femme un mode de naturalisation (*voy.* t. I, n°s 167, 168); mais est-ce là un de ses effets essentiels? En d'autres termes, la femme pourrait-elle 1° se réserver, au moment de la célébration du mariage, sa nationalité personnelle? 2° ou acquérir, pendant le mariage, une nationalité autre que celle de son mari?

Sur la première question, on a dit : les époux peuvent avoir des nationalités différentes, et, dès lors, on ne voit pas pourquoi la femme qui, au moment du mariage, n'appartient pas à la même patrie que son futur époux, ne pourrait pas se réserver sa nationalité personnelle. Aussi les articles 12 et 19 ne doivent-ils être considérés que comme des dispositions interprétatives du consentement présumé de la femme (Blondeau, *Revue du droit français*, 1845, p. 133). — Pourtant le texte de ces articles semble bien impératif, et je serais porté à croire que c'est là un fait absolu de naturalisation contre lequel la loi n'admet pas de réserve (t. I, n° 179). Est-ce une femme française qui épouse un étranger? L'article 19 déclare qu'elle *suivra la condition de son mari*, disposition fondée sans doute sur le consentement donné par la femme à ce mariage, mais disposition impérative et de droit public, fondée aussi sur des motifs politiques (t. I, n° 183). — Est-ce une étrangère qui épouse un Français? Quoique l'article 12 soit conçu dans les mêmes termes, cette hypothèse serait plus délicate, si la loi étrangère autorisait de son côté cette réserve. Mais, dans le cas contraire, j'appliquerais la même solution. Ainsi, par exemple, un décret de l'empereur d'Autriche du 3 juin 1835 refuse à la femme autrichienne qui épouse un étranger le droit de se réserver sa nationalité. Si donc une Autrichienne épousait un Français, je pense qu'elle deviendrait Française, nonobstant toutes protestations et réserves contraires.

La seconde question n'est pas moins difficile ; il s'agit de savoir si, pendant le mariage, la femme a le droit, son mari restant Français, de se faire naturaliser en pays étranger, et à quelles conditions. Plusieurs opinions pourraient être soutenues : 1° la femme ne peut, même avec le consentement de son mari, acquérir une nationalité autre que la sienne ; 2° elle le peut par sa seule volonté, et sans avoir besoin du consentement de son mari ; 3° elle le peut, mais avec le consentement de son mari ; 4° elle le peut, même en cas de refus ou d'incapacité de son mari, avec l'autorisation de la justice.

J'aurais, pour mon compte, beaucoup de penchant pour la première opinion. Si, en effet, la femme, au moment du mariage, ne peut pas se réserver une nationalité autre que celle de son mari, n'est-il pas logique d'en conclure qu'elle ne peut pas davantage acquérir cette nationalité depuis le mariage? J'invoquerai donc ici encore les articles 12 et 19, et je serais ainsi amené à conclure que les époux doivent régulièrement avoir la même nationalité. Est-ce à dire toutefois que, si le mari se fait naturaliser en pays étranger depuis le mariage, la femme changera aussi, par cela seul, de nationalité? Cette conséquence serait, j'en conviens, très-fâcheuse; mais elle ne me paraît pas inévitable (t. I, n° 175, et *supra*, n° 92). Les articles 12 et 19 sont fondés sur ce que la femme, en consentant au mariage, a accepté la nationalité que son mari avait alors; on peut donc lui opposer son propre consentement lorsqu'elle veut ensuite en changer; mais ce motif n'existe plus quand c'est le mari lui-même qui en change. Je conviens que cette solution crée entre le mari et la femme une grande inégalité de position, puisque celle-ci ne peut plus désormais changer de patrie. Mais n'y en a-t-il pas bien d'autres, et ne dérivent-elles pas de la nature même?

Voici maintenant qu'une autre opinion, extrême en sens contraire, vient nous dire que toute personne peut se faire naturaliser en pays étranger, excepté celles que la loi en déclare incapables; or, aucun texte prohibitif n'existe en ce qui concerne la femme mariée; elle en a donc le droit, et même sans aucune condition; car c'est là un acte de droit public, auquel on ne doit pas appliquer les règles de l'autorisation maritale, qui ne concernent que les relations du droit privé (art. 217). — Ceci me semble un peu radical, et je crois que l'autorité maritale serait sérieusement atteinte par une telle liberté donnée à la femme (art. 213). Notez que cette liberté serait d'autant plus grave que le décret du 26 août 1811, qui exige l'autorisation du gouvernement pour le Français qui veut se faire naturaliser en pays étranger, que ce décret, dis-je, ne s'applique point aux femmes (t. I, n° 186).

Blondeau (dans l'article précité) professe un autre système : 1° dans l'état normal du mariage, l'un des époux ne peut se faire naturaliser en pays étranger sans le consentement de son conjoint; il faut donc au mari le consentement de sa femme, comme à la femme le consentement de son mari; mais le consentement peut être, pour l'un comme pour l'autre, suppléé par l'autorisation de justice; 2° après la séparation de corps, la femme n'a pas plus besoin du consentement de son mari que le mari du consentement de sa femme.

J'aurais peine à croire que le mari eût besoin du consentement de sa femme; il est vrai que nul époux ne peut adopter qu'avec le consentement de son conjoint (art. 344-362); mais aucun texte semblable n'existe à l'égard de la naturalisation, qui n'est pas en effet susceptible, généralement du moins, de troubler l'harmonie conjugale au même degré qu'une adoption consentie par l'un contre le gré de l'autre. Quant à la

femme, au contraire, je ne pense pas qu'elle puisse, même après la séparation de corps, se dénationaliser par sa seule volonté. Je viens d'en dire le motif : il est dans l'article 213, dans le principe essentiel de l'autorité maritale. Il lui faudrait donc le consentement de son mari ; et la question vraiment épineuse serait alors de savoir si la justice peut, en pareil cas, le suppléer. En me plaçant au point de vue de cette dernière opinion, j'adopterais toutefois l'affirmative. Dès qu'on admet, en effet, que la femme peut changer de nationalité, il ne semblerait pas juste de soumettre nécessairement l'exercice de ce droit au consentement personnel du mari, surtout après la séparation de corps. On conçoit telles circonstances dans lesquelles il serait important pour la femme et pour ses enfants qu'elle pût se faire naturaliser en pays étranger; supposez, par exemple, qu'étrangère d'abord elle-même avant son mariage, elle ne pût pas recueillir autrement les successions qui s'ouvriraient dans sa famille.

§ II.

De l'autorisation du mari ou de justice nécessaire à la femme dans la plupart des actes de la vie civile.

SOMMAIRE.

112. — Division.

112. — 1° Quel est le fondement de la nécessité de cette autorisation ?

2° Dans quel cas est-elle requise ?

3° Par qui, de quelle manière et à quel moment doit-elle être accordée ?

4° Quels sont les effets soit de l'autorisation, soit du défaut d'autorisation ?

Tel est le cadre dans lequel je présenterai les règles de cette importante matière.

N° 1. — *Quel est le fondement de la nécessité de l'autorisation?*

SOMMAIRE.

113. — Trois théories différentes sont en présence.
114. — A. L'autorisation est exigée uniquement dans l'intérêt de la puissance maritale.
115. — B. Elle est exigée non-seulement dans l'intérêt de la puissance maritale, mais encore dans l'intérêt du mariage lui-même, dans l'intérêt collectif de la famille.
116. — C. Elle est exigée non-seulement dans l'intérêt de la puissance maritale et dans l'intérêt collectif des époux, mais encore dans l'intérêt personnel de la femme.
117. — Laquelle de ces trois théories le Code Napoléon a-t-il consacrée?

113. — Ce premier point est capital, et tout le reste en dépend; du moins la solution des difficultés les plus graves y est-elle subordonnée.

Cette question d'ailleurs, était déjà, dans l'ancien droit, vivement controversée.

Les auteurs du *Nouveau Denizart* la faisaient alors absolument dans les mêmes termes : « Quel est le principe de la nécessité de cette autorisation? » Et ils répondaient : « C'est sur quoi les auteurs sont extrêmement divisés. » (T. II, v° *Autor.*, § 1, n° 3; ajout. Merlin, *Rép.*, t. I, v° *Autor. marit.*, sect. II.)

La réponse n'a rien perdu de son à-propos; et les divers systèmes, qui se combattaient autrefois, se retrouvent presque tous encore aujourd'hui en présence.

On peut en compter trois principaux :

Suivant les uns, l'autorisation ne serait exigée que dans le seul intérêt de la puissance maritale.

Suivant d'autres, elle serait requise non pas seulement en faveur du mari, mais encore en faveur des intérêts matrimoniaux, dont il est le représentant.

Ceux-ci, enfin, veulent que la nécessité de l'autorisation ait tout à la fois pour principe, d'une part la puissance maritale, et de l'autre la faiblesse de la femme et son inexpérience.

Examinons rapidement les moyens que chacune de ces théories peut présenter :

114. — A. La femme majeure, fille ou veuve, est, dans notre droit, aussi capable que l'homme lui-même de tous les actes de la vie civile (art. 388, 488; ajout. même art. 390 et 507); la loi ne tient pas compte de cette prétendue légèreté et de cette inexpérience qu'on impute à son sexe; or, le mariage apparemment n'altère pas les facultés intellectuelles de la femme ni son aptitude aux affaires de la vie civile; donc, ce n'est pas sur ce motif que peut être fondée la nécessité de l'autorisation. Quelle en est la seule cause? c'est la puissance du mari; c'est la subordination nécessaire de la femme! Bien différente de l'autorisation du tuteur, autrefois nécessaire au pupille, et qu'il lui faut encore aujourd'hui, quand, par exception, c'est le pupille lui-même qui agit (comp. art. 450, 1309, 1398), l'autorisation maritale n'est pas fondée sur la faiblesse de l'intelligence de la femme; elle n'est autre chose qu'un moyen de discipline intérieure et de gouvernement domestique; elle n'intéresse que la prérogative maritale et ce droit de prééminence et de direction, qui exigent que la personne de la femme soit dans la dépendance du mari; or, cette dépendance de la femme ne serait qu'un vain mot, si elle ne s'étendait pas à son patrimoine, et aux engagements qu'elle peut contracter. Le président Bouhier en expliquait bien le motif, lorsqu'il disait « que les bonnes mœurs et l'honnêteté publique

ne permettent pas à la femme d'avoir communication d'affaires avec autrui sans le su et le congé de son mari, pour éviter suspicion. » (*Observ. sur la Cout. du duché de Bourgogne*, chap. XIX, nos 46-51). Il n'y a qu'un seul régime, particulièrement institué pour protéger soit les intérêts collectifs et matrimoniaux de la famille, soit l'intérêt individuel de la femme, c'est le régime dotal où la femme se trouve, en effet, déchue de sa capacité relativement au bien dotal; mais c'est là une exception qui démontre elle-même la vérité de la règle générale; car le régime dotal a précisément pour but de déroger au droit commun. Et, d'ailleurs, sous ce régime, le mari lui-même ne peut pas autoriser la femme à aliéner sa dot; donc, il ne s'agit plus alors de savoir si l'autorisation est exigée dans l'intérêt du mari ou dans celui de la femme; l'autorisation elle-même est désormais impuissante en face de ce bien inaliénable! (Art. 1554-1560). Or, qu'est-ce que cela prouve, si ce n'est que, dans tous les autres cas, rien ne fait obstacle soit à la capacité personnelle de la femme, soit à la disponibilité de ses biens, dès que le mari l'autorise; donc, c'est seulement dans l'intérêt du mari et de sa puissance maritale que cette autorisation est exigée. D'où il faut conclure que toutes les fois que cet intérêt sera respecté et cette puissance satisfaite, tous les actes que la femme mariée aurait pu faire, seront aussi valables que s'ils eussent été faits par une femme non mariée (Pothier, *de la Puissance du mari*, nos 3-5; Introd. au tit. x de la Cout. d'Orléans, n° 144; Delvincourt, t. I, p. 75, n° 11; Toullier, t. II, n° 615; Merlin, *Quest. de droit*, t. IX, v° *Puissance maritale*, § 4).

115. — B. La deuxième opinion s'accorde avec la première pour reconnaître : 1° que l'autorisation est exigée dans l'intérêt de la puissance maritale; 2° qu'elle

ne l'est pas dans l'intérêt personnel et individuel de la femme; mais cette opinion ajoute que la puissance maritale n'en est pas pourtant la seule cause, et que la loi exige en outre l'autorisation au profit des intérêts matrimoniaux, dont le mari est le gardien. La conservation des biens de la femme importe à toute la famille, à la femme, aux enfants, au mari lui-même; or, c'est le mari, chef du ménage, qui a été constitué le représentant de cet intérêt collectif; et l'autorisation est le moyen de surveillance et de garantie que la loi a remis, à cet effet, dans ses mains. Ce n'est donc pas seulement un droit pour lui, c'est aussi un devoir; il ne s'agit pas du seul intérêt du mari, mais de l'intérêt du *mariage*. Voilà ce qui explique comment le mari mineur, incapable de remplir ce devoir avec le discernement nécessaire, ne peut plus aujourd'hui autoriser sa femme; et aussi pourquoi la femme elle-même, que les intérêts matrimoniaux concernent également, peut invoquer la nullité résultant du défaut d'autorisation (Zachariæ, t. III, p. 323, 324; Fouquet, *Encyclop. du droit*, v° *Autor. de femme mariée*, sect. II).

116. — C. La troisième opinion, enfin, assigne pour principe à l'autorisation (outre la puissance maritale, à laquelle tous les systèmes la rattachent) l'intérêt personnel de la femme : « Quelques-uns ont considéré l'intérêt de la femme elle-même, à qui il a été donné, en la personne de son mari, un conseil capable de la guider dans ses affaires. » (*Nouveau Denizart*, t. II, v° *Autor.*, § 1, n° 3.) — « Il faut donc dire que cette coutume est également fondée sur ces deux raisons : d'une part la faiblesse du sexe.... et de l'autre la prérogative du sexe masculin.... » (Lebrun, *de la Communauté*, liv. II, chap. I, sect. I, n° 1.) Et on comprend que cette théorie, qui trouve dans l'autorisation quelque chose de la tutelle, peut mieux que toute autre expli-

quer l'impossibilité pour le mari mineur d'autoriser sa femme, et le droit qui appartient à celle-ci de se prévaloir elle-même de son incapacité (Proudhon, t. I, p. 454).

117. — De ces trois opinions, quelle est la meilleure? — quelle est celle que le Code Napoléon a suivie?

La meilleure? Si je n'avais à résoudre cette question qu'en théorie, s'il s'agissait d'une loi à faire, je n'hésiterais pas à proposer de réunir toutes ces opinions, de fondre ensemble leurs différents motifs, et de baser en effet l'autorisation tout à la fois : 1° sur la puissance maritale; 2° sur les intérêts collectifs de l'union conjugale, sur les intérêts matrimoniaux; 3° sur la faiblesse et l'inexpérience de la femme. Cette inexpérience est, quoi qu'on en dise, le fait le plus ordinaire, le fait général; elle n'est pas telle, sans doute, qu'on ait dû, comme autrefois le droit romain, mettre toutes les femmes en tutelle, et jeter ainsi, dans les affaires civiles, une foule d'entraves et de complications. Mais lorsque la femme est mariée, lorsqu'il y a là près d'elle un tuteur naturel et tout trouvé, eh bien! je dis qu'il était sage d'en profiter, et de baser l'autorisation maritale sur le droit du mari à l'obéissance de sa femme, comme sur le droit de la femme à la protection du mari. Voilà, je le crois, en législation, la doctrine qui serait la meilleure, la plus prévoyante.

Mais cette théorie est-elle celle du Code Napoléon? et parmi ces divers systèmes, lequel a-t-il adopté? On vient de le voir, c'est là un point encore, à l'heure qu'il est, fort contesté. Le Code Napoléon a introduit une innovation très-certaine, c'est que la nullité résultant du défaut d'autorisation, qui était autrefois absolue, n'est plus maintenant que relative.

Mais d'ailleurs dans quel intérêt cette autorisation

est-elle principalement exigée? sur quel principe enfin repose-t-elle? il faut bien le dire, cela n'est pas très-net ni très-clair. Il me paraît toutefois résulter de l'ensemble des dispositions du Code, que cette autorisation n'est fondée que sur la nécessité de maintenir l'autorité maritale, et sur la garantie due aux intérêts matrimoniaux; mais qu'elle n'a pas pour principe l'intérêt particulier et individuel de la femme. Dans le système du Code Napoléon, l'autorisation n'est pas dès lors un acte de tutelle, qui ait pour but de protéger la femme elle-même, personnellement, particulièrement, dans ses intérêts pécuniaires, considérés comme distincts des intérêts matrimoniaux. La femme elle-même personnellement, la femme, *considérée de par soi*, comme disait Guy-Coquille (*des Droits des mariés*), n'est pas incapable, à raison de son sexe; elle n'est pas en tutelle. Son incapacité ne procède que du double droit, qui appartient au mari, 1° de diriger sa personne; 2° de veiller, dans l'intérêt commun de la famille, à la conservation de ses ressources. Voilà ce que nous allons, je crois, reconnaître à mesure que nous avancerons dans l'explication de ce sujet.

N° 2. — *Dans quel cas l'autorisation est-elle requise?*

SOMMAIRE.

118. — A quelle époque commence et finit la nécessité de l'autorisation?
119. — La séparation de corps la fait-elle cesser?
120. — La nécessité de l'autorisation maritale est aussi indépendante des différents régimes matrimoniaux. — Explication de cette règle.
121. — L'autorisation est exigée, soit pour les actes judiciaires, soit pour les actes extrajudiciaires.

I. — Des actes judiciaires.

122. — La femme mariée ne peut être partie, en matière civile, dans

aucune instance judiciaire sans autorisation. — Cette règle doit être appliquée :

123. — 1° Quelle que soit l'espèce d'instance.

124. — Par conséquent pour figurer dans une procédure d'ordre.

125. — Pour défendre à une demande en interdiction dirigée contre elle-même.

126. — Pour poursuivre l'interdiction de son mari.

127. — Pour demander la nullité de son mariage.

128. — Pour plaider même devant le juge de paix. — *Quid*, s'il s'agit d'action possessoire?

129. — *Quid*, pour paraître en conciliation devant le juge de paix?

130. — La femme doit être autorisée pour chacune des phases du procès et devant toutes les juridictions. — Renvoi.

131. — La femme peut faire, en général, sans autorisation, tous actes conservatoires.

132. — Suite.

133. — Suite.

134. — Les tiers ne peuvent-ils pas aussi exercer contre la femme des actes conservatoires ou même des actes d'exécution, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'autorisation maritale?

135. — La femme n'a pas besoin de l'autorisation de son mari pour présenter la requête préalable à une séparation de corps ou de biens.

136. — 2° Quel que soit le rôle de la femme dans l'instance, demanderesse ou défenderesse, elle a besoin d'autorisation.

137. — 3° Il en est ainsi sous quelque régime qu'elle soit mariée, et lors même qu'elle serait marchande publique.

138. — 4° Ainsi, quel que soit son adversaire.

139. — 5° Ainsi, à quelque époque que l'instance ait été engagée, soit postérieurement, soit même antérieurement au mariage.

140. — L'autorisation nécessaire à la femme pour ester devant les tribunaux civils, est-elle aussi exigée devant les tribunaux de justice répressive?

141. — Suite.

142. — Suite. — L'article 216 est-il toujours applicable, par quelque personne d'ailleurs que l'action soit formée?

143. — Suite. — *Quid*, si la partie civile agit elle-même directement contre la femme devant le tribunal de justice répressive?

II. — Des actes extrajudiciaires.

144. — Règle générale sur l'incapacité de la femme mariée de faire, sans autorisation, des actes extrajudiciaires. — Application de cette règle aux contrats ; — aux quasi-contrats, délits et quasi-délits ; — et à certains actes d'un ordre particulier.

A. — *Des contrats.*

145. — L'incapacité de la femme n'est pas toujours absolue; elle est plus ou moins complète, suivant le régime matrimonial adopté par les époux.
146. — De l'incapacité de la femme mariée sous le régime de la communauté, ou de l'exclusion de communauté, ou sous le régime dotal.
147. — Sous le régime de séparation de biens, ou même sous le régime dotal, quant à ses biens paraphernaux, ou même sous tout autre régime, quant aux biens dont elle se serait réservé l'administration et la jouissance.
148. — Faut-il, à cet égard, distinguer entre la séparation de biens contractuelle et la séparation de biens judiciaire?
149. — Certains contrats que la femme ne peut, en aucun cas et sous quelque régime que ce soit, consentir sans autorisation.
150. — La femme peut-elle, dans certains cas, disposer, à titre gratuit, de son mobilier sans autorisation?
151. — Suite.
152. — La femme ne pourrait-elle pas aliéner, sans autorisation, l'immeuble acheté par elle avec des économies faites sur ses revenus personnels ou avec les bénéfices réalisés dans un commerce?
153. — La femme peut consentir, sans autorisation, les contrats relatifs à l'administration des biens qu'elle a le droit d'administrer elle-même.
154. — Suite. — Exemples.
155. — La femme peut alors disposer de son mobilier et l'aliéner. — Pour quelle cause et à quel titre?
156. — Suite.
157. — La femme, séparée de biens, peut-elle sans autorisation acquérir à titre onéreux, soit des meubles, soit des immeubles?
158. — Peut-elle acheter un usufruit ou placer ses capitaux en rente viagère?
159. — Peut-elle transiger sur les difficultés relatives à l'administration de ses biens et à son mobilier?
160. — Peut-elle compromettre?
161. — Les obligations contractées par la femme séparée de biens pour cause d'administration, sont-elles exécutoires sur tous ses biens, soit meubles, soit immeubles?
162. — La femme peut-elle seule hypothéquer ses immeubles pour la garantie des obligations par elle contractées pour cause d'administration?
163. — Les obligations contractées par elle pour toute autre cause, par voie d'achat, d'emprunt ou autrement, sont-elles exécutoires du moins sur ses revenus et sur son mobilier?

164. — La femme peut-elle toujours consentir un bail?
165. — Peut-elle contracter un engagement dramatique?
166. — Peut-elle accepter un mandat?
167. — La femme est-elle soumise à la nécessité de l'autorisation dans l'exercice de ses droits de puissance paternelle sur ses enfants?
168. — Suite.
169. — La femme est réputée mandataire du mari dans les engagements qu'elle contracte pour les besoins du ménage.
170. — Quelle est l'étendue de ce mandat?
171. — Lorsque le mari a l'administration et la jouissance des biens propres de sa femme, un tiers peut-il faire à celle-ci une libéralité, sous la condition que le mari n'aura ni l'administration ni la jouissance du bien donné ou légué?
172. — Suite.
173. — Lorsque la femme a le droit d'administrer elle-même ses biens et d'en percevoir les fruits, le mari ne conserve-t-il pas toujours de son côté un droit de surveillance et de contrôle? Et peut-il demander à la justice que la femme soit tenue, suivant les circonstances, de fournir telle garantie, de faire tel emploi déterminé de ses capitaux, etc.?

B. — *Des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits.*

174. — La nécessité de l'autorisation s'applique-t-elle aux obligations résultant des quasi-contrats, des délits, des quasi-délits ou de la loi elle-même?
175. — Suite.
176. — La femme peut-elle être obligée indépendamment de toute autorisation de son mari ou de justice, par l'autorité même de la loi? — Par exemple, peut-elle être obligée par la gestion d'une tutelle?
177. — Peut-elle être obligée par le fait personnel d'un tiers? par exemple, envers le tiers qui a géré ses affaires?
178. — Peut-elle être obligée par son fait personnel? — *Quid*, de ses délits et quasi-délits?
179. — *Quid*, de son fait personnel, ayant le caractère d'un quasi-contrat?
180. — Suite.
181. — *Quid*, si la femme a géré l'affaire d'un tiers?
182. — *Quid*, du payement de l'indû, soit qu'il ait été fait, soit qu'il ait été reçu par la femme?

C. — *De certains actes d'un ordre particulier, tels que le testament, la reconnaissance d'un enfant naturel, etc.*

183. — La femme n'a pas besoin d'autorisation pour faire un testament.
184. — Il en serait autrement de toute disposition qui produirait un engagement actuel.
185. — La femme peut, sans autorisation, révoquer son testament ou les donations qu'elle aurait faites à son mari pendant le mariage.
186. — Peut-elle révoquer un mandat ou tout autre acte semblable?
187. — Peut-elle reconnaître un enfant naturel?

118. — La nécessité de l'autorisation pour la femme ne résulte que du mariage; mais elle en résulte essentiellement. D'où il suit :

1° Qu'elle ne commence qu'à partir de la célébration du mariage, à la différence de certaines coutumes, qui l'exigeaient autrefois dès le jour des fiançailles (Pothier, *de la Puissance du mari*, n°s 7, 8);

2° Qu'elle cesse au moment où le mariage se dissout;

3° Mais qu'elle est indispensable pendant toute sa durée.

119. — La séparation de corps n'y met donc pas fin. Si les articles 215 et 217 ne s'expliquent qu'à l'égard de la femme séparée de biens, c'est peut-être qu'à cette époque les auteurs du Code Napoléon ignoraient encore le parti qu'on prendrait en ce qui concerne la séparation de corps et le divorce; mais ces articles mêmes soumettent toute femme mariée à la nécessité de l'autorisation; or, la femme séparée de corps est toujours mariée. La séparation de corps d'ailleurs produit la séparation de biens (art. 311); et la femme séparée de corps se trouve ainsi comprise implicitement dans la disposition qui soumet à la nécessité de l'autorisation la femme même séparée de biens; d'autant plus que l'autorisation s'appliquant surtout aux actes qui inté-

ressent le patrimoine de la femme, le législateur, en n'exceptant pas la séparation de biens, déclarait suffisamment la généralité absolue de la règle. Ajoutez enfin que cette solution est très-logique et très-sage, puisque le mariage durant toujours, la puissance maritale doit conserver toujours aussi ses attributs, du moins les plus essentiels, en tant qu'ils sont conciliables avec la séparation de corps elle-même (Caen, 2e chambre, 3 juin 1815, Maresquier; Cass., 6 mars 1827, Delalleau, Sirey, 1827, I, 334; Cass., 13 novembre 1844, Lorgue, Dev., 1845, I, 45; Duranton, t. II, nos 623, 624; Vazeille, t. II, n° 587; Zachariæ, t. III, p. 374; Massol, *de la Séparation de corps*, p. 230, n° 20; Fouquet, *Encyclop. du droit*, n° 12).

120. — La nécessité de l'autorisation est aussi indépendante des différents régimes matrimoniaux que les époux peuvent adopter, en ce sens que, sous tous les régimes, l'autorisation est exigée pour les actes les plus importants. Nous allons voir toutefois que les conventions matrimoniales, qui ne détruisent jamais la règle, peuvent en modifier notablement l'étendue. Ce n'est pas que je veuille entreprendre d'exposer ici les différents régimes matrimoniaux; je m'attacherai surtout aux principes essentiels de l'autorisation maritale, considérée comme un effet du mariage lui-même.

121. — L'autorisation est exigée :

Soit pour les actes judiciaires;

Soit pour les actes extrajudiciaires.

L'examen de ces deux sortes d'actes nous apprendra la règle elle-même et ses différentes exceptions.

I. — Des actes judiciaires.

122. — L'article 215 est ainsi conçu :

« La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisa-

« tion de son mari, quand même elle serait marchande « publique, ou non commune, ou séparée de biens. »

Ester en jugement.... expression singulière, qui n'est elle-même que la traduction plus singulière encore des mots : *stare in judicio ;* car *judicium*, dans la langue du droit romain, veut dire instance, et non pas jugement; c'est le mot *sententia* qui exprime l'idée d'une décision judiciaire. Quoi qu'il en soit, la règle formulée par notre article est très-claire : la femme mariée ne peut être partie en matière civile (*infra*, n° 140), dans aucune instance judiciaire sans autorisation.

Cette règle est générale, et doit être appliquée :

1° Quelle que soit l'espèce d'instance dont il s'agit;

2° Quel que soit le rôle de la femme partie dans cette instance;

3° Sous quelque régime qu'elle soit mariée, et lors même qu'elle serait marchande publique;

4° Quel que soit son adversaire;

5° A quelque époque enfin que l'instance ait été engagée.

Quelques mots sur ces différentes applications de notre règle.

123. — 1° L'autorisation est nécessaire, quelle que soit l'espèce d'instance; car l'article 215 l'exige indistinctement pour que la femme puisse *ester en jugement.*

124. — Cette autorisation lui sera donc nécessaire pour figurer dans une procédure d'ordre (Cass., 21 avril 1828, Duvillard, Sirey, 1828, I, 275; Grenoble, 10 mars 1848, Ducurty, Dev., 1849, II, 749).

125. — Mais voilà qu'on poursuit son interdiction ! Est-ce que, dans ce cas même, il faut qu'elle soit autorisée ?

Il s'agit d'ester en jugement; or, l'article 215 est absolu; donc, même pour défendre à une poursuite en interdiction dirigée contre elle-même, la femme a be-

soin d'autorisation (Cass., 9 janv. 1822, Roret, D., 1822, I, 49; ajout. toutefois Cass., 9 mai 1829, de Beaudre, Sirey, 1829, I, 278; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v *Autor. marit.*, sect. VII, n° 18 *bis*; Fouquet, *Encyclop. du droit*, n° 16; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 124).

126. — Mais supposez que c'est la femme qui poursuit l'interdiction de son mari. Ne pourrait-on pas dire alors :

La loi, qui accorde une action à la femme, l'autorise par cela même à l'exercer; or, l'article 490 accorde à la femme le droit de provoquer l'interdiction de son mari. Comment, d'ailleurs, exiger en pareil cas l'autorisation maritale? (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 125.)

Pourtant la règle posée dans l'article 215 est, je le répète, absolue; elle pourrait être ici fort utile, et prévenir une poursuite téméraire et très-regrettable. L'argument tiré de l'article 490 ne me paraît donc pas décisif; et je maintiendrais, même alors, le principe de la nécessité de l'autorisation (Rouen, 16 floréal an XIII, D'Héricy, Sirey, 1805, II, 113; Toulouse, 8 février 1823, le sieur O..., Sirey, 1823, II, 130; Delvincourt, t. I, p. 130, note 2; Merlin, *Rép.*, t. I, v° *Autor. marit.*, sect. VII, § 16).

127. — Faut-il aller jusqu'à soutenir que la femme a besoin d'autorisation pour demander la nullité de son propre mariage?

Non, direz-vous : on ne saurait l'obliger à procéder comme femme mariée, dans l'instance même où elle conteste la validité de son mariage; ce serait là une contradiction manifeste (comp. Cass., 31 août 1824, Jourdan, Sirey, 1824, I, 360; Cubain, *des Droits des femmes*, n° 103).

Oui, répondrai-je : car il ne faut pas mettre l'effet avant la cause; car, en demandant la nullité du ma-

riage, la femme reconnaît que, quant à présent du moins, il existe; or, si le mariage existe, il doit produire ses effets tant qu'il n'a pas été annulé. Tout ce qu'on pourrait dire, c'est que si la demande en nullité du mariage est formée par la femme incidemment à une demande intentée contre elle-même par son mari, par exemple, à fin de réintégration du domicile conjugal, cette demande incidente et reconventionnelle n'est pas soumise à une autorisation spéciale; mais cela tient à un autre principe : cela résulte de ce que le mari, qui intente lui-même une action contre sa femme, l'autorise ainsi virtuellement à se défendre. Il est donc vrai que l'autorisation est toujours nécessaire; seulement, dans ce dernier cas, elle est ainsi donnée par le mari; et c'est là, peut-être, l'explication de l'arrêt précité de la Cour de Cassation, qui, depuis, a consacré le principe que je propose (Cass., 21 janv. 1845, Despiet, Dev., 1845, I, 366; Cass., 10 fév. 1851, Duchemin, Dev., 1851, I, 202; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Mariage*, sect. VI, § 2; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 233; Aubry et Rau, t. IV, p. 124; *voy.* aussi *Revue critique de jurisprudence*, 1851, p. 514).

128. — L'autorisation est toujours nécessaire devant quelque tribunal que l'action soit portée, même devant le juge de paix, et quoiqu'il s'agisse d'actions possessoires; car c'est là *ester en jugement;* et la décision peut avoir même alors une grande importance. Il est vrai que l'article 55 de la loi du 18 juillet 1837 sur l'administration municipale, porte que « le maire peut « toutefois, sans autorisation, intenter toute action « possessoire et y défendre, et faire tous autres actes « conservatoires ou interruptifs des déchéances. » Mais nous n'avons, en ce qui concerne la femme, aucun texte semblable; et je ne crois pas qu'on puisse consi-

dérer absolument les actions possessoires comme des actes conservatoires. L'article 215 reste donc avec la généralité de ses termes.

129. — Régulièrement, la femme doit être autorisée pour paraître, même en conciliation, devant le juge de paix (arg. des articles 48, 49, Cod. de procéd.); car le procès peut s'ensuivre, et ce préliminaire est la condition et le début d'une instance judiciaire (Cass., 3 mai 1808, Piette, Sirey, 1808, I, 310; Merlin, *Rép.*, t. I, v° *Bureau de conciliation*, n° 4; Duranton, t. II, n° 452; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 123).

130. — Il n'est pas douteux non plus que la femme doit être autorisée pour chacune des phases du procès et pour chaque degré de juridiction : — non-seulement donc pour la première instance; mais aussi pour l'appel; — non-seulement pour l'appel, mais encore pour le pourvoi en cassation. Cette proposition, dis-je, est certaine; car il s'agit toujours, dans ces diverses périodes du procès, *d'ester en jugement*. La seule question est de savoir si l'autorisation donnée pour le premier degré, est aussi donnée pour le second; si, donnée pour le premier ou pour le second, elle l'est aussi pour le pourvoi en cassation. Mais cette question se rattache à la manière dont l'autorisation peut être donnée et doit être interprétée.

131. — Si générale d'ailleurs que soit notre règle, il ne faut pourtant pas l'exagérer. La femme peut donc, sans être autorisée, ou du moins, dans certains cas, avant de l'être, faire tous les actes conservatoires, et ceux-là mêmes pour lesquels le ministère des huissiers serait nécessaire : non-seulement la transcription de son acte de mariage (art. 171) ou d'une donation entre-vifs (art. 940), ou l'inscription de son hypothèque légale sur son mari (art. 2194), ou toute inscription sur un tiers; mais aussi des sommations,

des protêts, des oppositions, etc. Ce n'est pas là *ester en justice;* c'est pourvoir à la conservation de son droit. Il ne faut pas que la femme soit empêchée de faire ces sortes d'actes, quelquefois urgents, et qui ne peuvent que lui profiter, sans jamais pouvoir lui nuire, ni à elle-même, ni au mari, ni à l'autorité maritale.

132. — Seulement, bien entendu, l'exception doit rester dans les limites d'un acte conservatoire; et la nécessité de l'autorisation recommence dès que la femme veut suivre les effets de cet acte devant la justice, comme, par exemple, assigner en garantie d'un protêt fait à sa requête.

133. — Bien plus, la règle ne devrait pas du tout fléchir, si le prétendu acte conservatoire était, comme par exemple une surenchère, de nature à lui imposer des obligations qu'elle ne peut pas contracter seule, sauf à considérer la femme comme suffisamment autorisée par le jugement qui aurait prononcé sa séparation de biens, si la surenchère formée par elle en était la conséquence et l'exécution (comp. Bruxelles, 20 avril 1811, Crotteux, Sirey, 1813, II, 42; Cass., 14 juin 1824, Assire-Deschamps, Sirey, 1824, I, 321; Orléans, 26 mars 1831, Trinquart, D., 1841, II, 167; Cass., 11 avril 1842, Baloffet, Dev., 1842, I, 315; Cass., 14 juin 1843, Garsault, Dev., 1843, I, 465; Troplong, *des Priv. et Hyp.*, t. IV, n°s 951, 952).

134. — Il est aussi logique de décider que les tiers réciproquement peuvent exercer des actes conservatoires contre la femme, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'autorisation maritale.

On a même été jusqu'à juger qu'ils peuvent exercer ainsi des actes d'exécution : « Considérant que l'autorisation du mari n'est nécessaire à la femme que pour ester en justice; que la poursuite en expropriation ne constitue point une instance judiciaire; qu'elle n'a en

effet aucun litige pour objet, et qu'elle n'est que l'exécution forcée et accomplie, sous l'autorité de la justice, d'un titre valablement souscrit par le débiteur, ou régulièrement obtenu contre lui; qu'il n'est donc pas nécessaire, quand elle est dirigée contre une femme, que celle-ci soit autorisée par son mari; qu'aux termes de l'article 2208, il suffit, dans ce cas, que l'expropriation soit poursuivie contre le mari et la femme.... » (Comp. Amiens, 21 nov. 1838, Vasseur, Dev., 1838, II, 258; Bordeaux, 4 août 1829, Guichard, D., 1830, II, 3.)

Mais remarquez que précisément ce même article 2208, après avoir déclaré que l'expropriation des immeubles personnels de la femme se poursuit contre le mari et la femme, ajoute que celle-ci, au refus du mari de procéder avec elle, peut-être autorisée par justice.

135. — La femme n'a pas non plus besoin de l'autorisation de son mari pour présenter la requête préalable à une demande en séparation de corps ou de biens (art. 865, 875 et 878 procéd.); car ce n'est pas là encore ester en jugement. D'ailleurs, l'autorisation de plaider devant être accordée, dans ce cas, par le président du tribunal, la loi n'a pas dû exiger l'autorisation du mari pour la requête par laquelle la femme demande au président lui-même son autorisation ; et enfin ces hypothèses ont cela de particulier que l'acquiescement du mari ne saurait arrêter l'action, et que tout doit se passer alors en justice. Aussi les articles précités du Code de procédure supposent-ils virtuellement que la femme n'a besoin alors de l'autorisation de son mari en aucun cas, et quand même elle serait mineure (Cass., 13 brumaire an XII, Royer, Sirey, 1806, I, 111; Colmar, 12 déc. 1816, Klein, Sirey, 1818, II, 190; Bordeaux, 1er juillet 1806,

dame S...., D., *Rec. alph.*, v° *Séparation de corps*, chap. I, sect. III, n° 2.)

136. — 2° Quel que soit le rôle de la femme dans l'instance, elle doit être autorisée à y ester soit comme demanderesse, soit comme défenderesse; bien entendu lorsqu'elle y figure comme partie.

137. — 3° Sous quelque régime qu'elle soit mariée (art. 1576), et lors même qu'elle serait marchande publique, la femme ne peut plaider sans autorisation. Il n'en était pas ainsi dans l'ancien droit, qui reconnaissait à la femme séparée le droit d'ester en justice sans autorisation, pour ce qui concernait l'administration de ses biens (Pothier, n° 61; *Nouveau Denizart*, v° *Autor. marit.*, § 2, n° 4.)

Quelques coutumes, mais en petit nombre, accordaient même aussi ce droit à la femme marchande publique, pour ce qui concernait son négoce (Pothier, n° 62.)

L'article 215 rejette expressément l'une et l'autre exception; les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas cru que le pouvoir accordé à la femme d'administrer ses biens ou de faire le commerce, dût avoir pour moyen ou pour conséquence le pouvoir de plaider. Un procès, après tout, n'est jamais en soi un acte d'administration ni un acte de commerce; et c'est un fait assez grave et qui doit aussi être assez rare, pour que l'avantage, que présente toujours la règle de l'autorisation, ne soit alors balancé par aucun inconvénient.

138. — 4° Quel que soit son adversaire, la femme doit être autorisée. Il ne faudrait donc pas conclure de certains arrêts que l'autorisation ne lui est pas nécessaire pour plaider contre son mari. Sans doute, lorsque c'est le mari lui-même qui intente une action contre sa femme, il est censé l'autoriser à se défendre; mais ce motif même démontre que l'autorisa-

tion est alors nécessaire; aussi l'est-elle en effet également lorsque la femme est demanderesse contre son mari (comp. Turin, 20 messidor an XIII, Fayard, Sirey, 1807, II, 790; Nancy, 24 avril 1811; Volvert; et Colmar, 14 janvier 1812, Netter, Sirey, 1812, II, 442, 443; Toulouse, 8 février 1823, dame O...., Sirey, 1823, II, 130; Aix, 27 août 1827, Lejourdan, Sirey, 1828, II, 25; Grenoble, 21 fév. 1833, Trapet, Dev., 1833, II, 28; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Autor. marit.*, sect. VII, n° 16; Zachariæ, t. III, p. 325.)

139. — 5° A quelque époque enfin que l'instance ait été engagée, soit postérieurement, soit même antérieurement au mariage, la femme doit être autorisée à plaider, sauf, dans ce dernier cas, l'application des articles 342 et suivants du Code de procédure (Cass., 7 octobre 1811, François, Sirey, 1812, I, 10; Cass., 7 août 1815, Devinck, Sirey, 1815, I, 346; ajout. toutefois Cass., 17 août 1831, Communier, Dev., 1831, I, 319.)

140. — L'autorisation nécessaire à la femme pour ester devant les tribunaux civils, est-elle aussi exigée devant les tribunaux de justice répressive?

Oui, quand la femme est poursuivante (Cass., 1er juillet 1808, commiss. de police de Rouen C. la femme Hallot, Sirey, 1808, I, 528.)

Non, lorsqu'elle est poursuivie (Cass., 20 janvier 1825, Mercier, D., 1825, I, 169; *voy.* aussi Cass., 15 janvier 1846, Devaux, Dev., 1846, I, 489; Cass., 20 mai 1846, Dudevant, Dev., 1846, I, 550.)

Telle est la distinction qui résulte de l'article 216 :

« L'autorisation du mari n'est pas nécessaire lorsque « la femme est poursuivie en matière criminelle ou de « police. »

141. — Mais quelle est l'étendue de cette exception? A quels cas enfin s'applique l'article 216?

D'abord il n'est pas douteux qu'il s'applique à toute action dérivant d'une contravention, d'un délit et d'un crime, c'est-à-dire aux matières de police, correctionnelles et criminelles (art. 1er C. pén., Cass., 24 février 1809, Oriot, Sirey, 1810, I, 192.)

142. — Ce qui est plus difficile, c'est de savoir s'il est toujours applicable, par quelque personne d'ailleurs que l'action soit formée. La femme, en effet, peut être poursuivie, soit par le ministère public, soit par la partie civile.

Tous conviennent que, dans le premier cas, l'autorisation n'est pas requise.

Mais ne doit-elle pas l'être dans le second, c'est-à-dire lorsque la femme est poursuivie par la partie civile ?

Trois hypothèses sont à cet égard possibles :

A. La partie civile agit en même temps et devant les mêmes juges que la partie publique (art. 3 instr. crim.).

B. Elle agit seule et directement, comme elle le peut faire en matière correctionnelle ou de police (art. 145 et 182 instr. crim.).

C. Elle agit devant les tribunaux civils.

Écartons de suite cette dernière hypothèse; la femme, dans ce cas, doit certainement être autorisée : soit parce que, d'après le texte même de l'article 216, elle n'est pas alors poursuivie *en matière criminelle ou de police*, mais bien en matière civile; soit parce que, d'après les principes généraux du droit et l'organisation des compétences, le tribunal civil ne peut voir, dans la cause des dommages-intérêts réclamés, qu'un simple fait dommageable (art. 1382), et qu'il n'a pas qualité pour l'apprécier sous le rapport de la criminalité; soit enfin parce qu'il n'y a plus ici aucun motif d'exception (Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Autor. marit.*, § 7, n 18).

143.—Restent donc les deux premières hypothèses. On a distingué :

L'autorisation ne serait pas nécessaire, même à l'égard de la partie civile qui poursuit la femme accessoirement à la poursuite du ministère public, tandis qu'elle serait au contraire requise, dans le cas où la partie civile agit directement, même devant un tribunal de justice répressive (Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 124, 125; Marcadé, art. 216, n° 1).

Ne serait-il pas plus vrai pourtant de dire que l'autorisation n'est alors requise ni dans l'un ni dans l'autre cas?

Voyons d'abord le texte : « L'autorisation du mari « n'est pas nécessaire lorsque la femme est poursuivie « en matière criminelle ou de police. » (Art. 216); or, lors même que la poursuite est intentée directement par la partie civile devant le tribunal répressif, la femme n'en est pas moins poursuivie en matière correctionnelle ou de police; donc, le texte même se refuse à toute distinction.

Quels sont d'ailleurs les motifs de cet article 216? Voici ce que disait, à cet égard, Portalis : « Alors l'autorité du mari disparaît devant celle de la loi, et la nécessité de la défense naturelle dispense la femme de toute formalité. » (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 583.) Ainsi la loi veut dégager, en pareil cas, de toute entrave le droit de la défense; et elle ne veut pas gêner non plus l'exercice de l'action fondée sur une telle cause; or, ces motifs me paraissent indistinctement applicables dans tous les cas. La partie civile, en effet, lorsqu'elle agit directement devant un tribunal de justice répressive, éveille ainsi et met en mouvement l'action publique; je dirais presque qu'elle l'introduit et qu'elle l'exerce elle-même ! car finalement voilà le tribunal saisi ; et le ministère public peut requérir! et la

peine est là, dès ce moment, qui menace la femme! (Cass., 17 mars 1837, Contrib. indir. C. Daugé, *Bull. criminel de cassation*, 1839, n° 65; Merlin, *Quest. de droit*, t. IV, v° *Ministère public*, § 5.)

Ne serait-ce point méconnaître l'article 216, par exemple, que d'exiger l'autorisation de la femme marchande publique, poursuivie en banqueroute simple par les syndics ou par l'un des créanciers de sa faillite? (Art. 589, 590 C. de comm.)

Ajoutez enfin que le Code Napoléon s'occupe surtout des actions intentées par les parties privées, et que la généralité de l'article 216 ne permet pas de penser qu'il ait ici voulu les exclure. Je conviens que, lorsque la partie civile forme sa demande accessoirement à la poursuite du ministère public, il y a un motif de plus pour ne pas exiger l'autorisation; c'est qu'on ne le pourrait pas alors sans entraver ou même quelquefois sans rendre impossible le droit qui appartient à la partie civile de former sa demande à l'audience même où s'agite l'action publique, et jusqu'au jugement de cette action (art. 1, 2, 359 C. instr. crim.). Je conviens de cela; mais j'ajoute que les autres motifs qui précèdent, et qui sont, comme on l'a vu, les vrais motifs de la loi elle-même, me paraissent justifier suffisamment aussi, pour les autres cas, l'application de l'article 216 (Cass., 31 mai 1816, Roger, Sirey, 1816, I, 271; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 232; comp. Demante, t. I, n° 299 *bis*, III).

II. — Des actes extrajudiciaires.

144. — L'article 217 est ainsi conçu:

« La femme, même non commune ou séparée de « biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, ac- « quérir à titre gratuit ou onéreux, sans le con-

« cours du mari dans l'acte ou son consentement par « écrit. »

Telle est la règle. Mais quelle en est l'étendue? C'est ce que nous allons rechercher, en l'appliquant successivement :

A. Aux contrats;

B. Aux quasi-contrats, aux délits et quasi-délits;

C. A certains actes, à certaines dispositions d'un ordre particulier, tels que le testament, la reconnaissance d'un enfant naturel, etc.

A. — *Des contrats.*

145. — Quoique l'article 217 semble prononcer une incapacité toujours absolue et indépendante du régime matrimonial adopté par les époux, il faut pourtant distinguer; et, sous ce rapport, l'article 1124 est plus exact que notre article 217, lorsqu'il déclare que « les « incapables de contracter sont.... les femmes mariées « *dans les cas exprimés par la loi.* »

146. — Sous le régime de la communauté ou de l'exclusion de communauté[1] ou sous le régime dotal (en ce qui concerne les biens constitués en dot), toutes les fois enfin que le mari a l'administration des biens personnels de la femme (art. 1401, 1428, 1530, 1549), celle-ci est, en effet, absolument incapable de faire aucun contrat sans autorisation. Les pouvoirs sont alors dans les mains du mari; lui seul surtout a le droit d'administrer; aussi le point de savoir si la femme a pu faire un contrat soulève-t-il alors très-souvent une

1. L'article 217 dit : « La femme, *même non commune*, ou séparée de « biens.... » (*Voy.* aussi article 215.) Cette rédaction est assez peu correcte; car la femme n'a régulièrement aucun pouvoir, même d'administration, sous le régime exclusif de communauté (art. 1530); et dès lors elle se trouve nécessairement comprise dans la règle; le mot *même* n'a de sens qu'autant qu'il s'applique à la séparation de biens.

question de mandat plutôt qu'une question d'autorisation maritale; car si la femme alors contracte, c'est beaucoup moins en son nom personnel qu'au nom et comme fondée de pouvoir de son mari, qui, d'après les conventions matrimoniales, conventions immuables, doit toujours demeurer chargé de l'administration qu'elles lui attribuent.

147. — Mais la règle n'est pas aussi simple, lorsque la femme elle-même a l'administration de ses biens personnels, soit dans le cas de séparation de biens contractuelle ou judiciaire, soit sous le régime dotal, quant à ses biens paraphernaux, soit même sous tout autre régime, quant aux biens dont elle se serait réservé l'administration et la jouissance (art. 1534).

Écoutez l'article 1449 :

« La femme séparée soit de corps et de biens, soit « de biens seulement, en reprend la libre adminis- « tration.

« Elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner.

« Elle ne peut aliéner ses immeubles sans le consen- « tement du mari, ou sans être autorisée par justice, « à son refus. » (Ajout. art. 1536, 1576.)

Il faut alors combiner l'article 217 avec l'article 1449, et distinguer les contrats pour lesquels l'autorisation est, dans tous les cas, nécessaire à la femme, d'avec ceux qu'elle peut faire seule, en vertu de son droit d'administration.

Or, cette distinction est souvent difficile; et il me paraît très-regrettable que la loi ait laissé planer sur ce sujet tant de doutes et d'obscurités.

148. — On a voulu d'abord établir une différence entre la séparation de biens contractuelle et la séparation de biens judiciaire, pour prétendre que celle-ci conférait à la femme une capacité plus étendue que la première. Ainsi, la femme séparée de biens contrac-

tuellement n'aurait pas, comme la femme séparée par jugement, le droit de disposer de son mobilier et de l'aliéner. L'article 217, a-t-on dit, défend, en termes absolus, à la femme séparée d'aliéner sans autorisation ; or, cette défense ne peut s'appliquer à la femme séparée par jugement, puisque l'article 1449 lui permet au contraire d'aliéner son mobilier; donc, il faut qu'elle s'applique à la femme séparée par contrat; et la preuve en résulte de l'article 1536, dont la rédaction, d'accord avec l'article 217, est bien différente de celle de l'article 1449. On reconnaît toutefois que, par une clause spéciale de son contrat de mariage, la femme, en stipulant la séparation de biens, pourrait se réserver la même capacité que si la séparation était judiciaire (Vazeille, t, II, nos 315, 316; Fouquet, *Encyclop. du droit*, n° 53).

Cette concession même est déjà un argument puissant contre la distinction qui précède. Est-ce qu'en effet, si cette distinction était fondée, les clauses particulières du contrat de mariage pourraient y déroger? Est-ce qu'elles pourraient modifier ainsi, d'une manière directe et principale, la capacité personnelle de la femme? Mais ce n'est pas tout; les partisans mêmes de cette doctrine confessent qu'elle ne s'appuie sur aucun motif rationnel. Ce n'en est pas un assurément que de « dire qu'on a pu penser que la séparation amenée par le mauvais état des affaires du mari met ordinairement la femme dans une plus grande gêne, qui nécessite de sa part l'emploi de plus grandes ressources. » Cette situation, au contraire, cette détresse du mari seraient autant de raisons pour veiller de plus près encore à la bonne gestion et à la conservation des biens de la femme, les seuls qui restent alors pour les besoins de toute la famille. Mais la vérité est qu'il n'y a, sous ce rapport, entre les deux espèces de sépara-

tion, aucune différence; ou plutôt il n'existe qu'une seule espèce de séparation de biens, de quelque cause d'ailleurs qu'elle procède, du contrat de mariage ou d'un jugement. Aux termes de l'article 1536, la femme séparée de biens par contrat en conserve l'administration; or, l'article 1449 a considéré que le droit de disposer du mobilier était une conséquence du droit d'administrer; et apparemment cette proposition-là ne peut pas être vraie dans un cas et fausse dans l'autre; donc, les règles sur la capacité des femmes séparées de biens sont, en effet, les mêmes dans tous les cas. Aussi voyez-vous que l'article 1538, qui s'occupe de la séparation contractuelle, n'interdit à la femme que le droit d'aliéner *ses immeubles* sans autorisation. L'argument tiré de l'article 1536 se trouve ainsi de plus en plus ruiné (Paris, 11 mars 1811, Styles, D., 1812, II, 21; Bellot des Minières, *du Contr. de mar.*, t. III, p. 365-368).

Cela posé, il faut, disons-nous, distinguer deux classes de contrats :

Les uns, pour lesquels la femme, même séparée, a toujours besoin d'autorisation;

Les autres, pour lesquels elle en est dispensée.

149. — Dans la première classe, on doit d'abord certainement ranger :

1° Toute aliénation, à quelque titre que ce soit, gratuit ou onéreux, de ses immeubles, par vente, échange, constitution d'usufruit ou de servitude, etc. (art. 217, 1538; Cass., 22 nov. 1841, Chérel, Dev., 1842, I, 48);

2° Toute aliénation à titre gratuit, même de meubles, comme aussi toute obligation et toute acquisition au même titre (art. 905).

150 — On a prétendu, il est vrai, que l'article 1449, accordant à la femme séparée de biens, dans les

termes les plus absolus, le droit de *disposer* de son mobilier, et de l'*aliéner*, lui permettait dès lors d'en disposer et de l'aliéner même à titre gratuit (Delvincourt, t. II, p. 58, note 16).

Mais plusieurs réponses se présentent, également décisives :

1° L'article 217, qui pose la règle générale, défend, séparément et distinctement, à la femme de *donner* et d'*aliéner* sans autorisation. Le mot *aliéner* est sans doute générique, *rem alienam facere ;* et il aurait pu comprendre toute translation de propriété, à quelque titre que ce fût; mais enfin le Code Napoléon ne l'a pas employé avec cette généralité, plus vraie d'ailleurs dans la théorie pure que dans les habitudes du langage et de la pratique ordinaire, où le mot *aliéner* est presque synonyme du mot *vendre*, comme le mot *acquérir*, terme générique aussi pourtant, ne signifie, pour beaucoup de gens, qu'*acheter*. Quoi qu'il en soit, il est certain que l'article 217 n'applique le mot aliéner qu'à la translation de propriété à titre onéreux; or, l'article 1449, qui n'est qu'une exception, ne permet à la femme que d'*aliéner* son mobilier, ou d'en *disposer*, si vous voulez, sans lui accorder le droit de le *donner;* donc, pour la donation, l'article 217 forme toujours la règle.

2° L'article 905, disposition *ad hoc* et toute spéciale, est d'ailleurs aussi conçu dans les termes les plus absolus.

3° Enfin l'article 1449 n'accorde à la femme le droit de disposer de son mobilier que comme une conséquence et un moyen de *la libre administration* qu'il lui reconnaît; or, la donation entre-vifs ne saurait être considérée comme un acte d'administration; donc, elle ne rentre pas dans le droit d'aliéner qui résulte pour la femme de cet article.

Tout ce qu'on peut dire, c'est que la femme a le droit de faire seule ces dons modiques, qui se prélèvent, d'ordinaire, sur les revenus, et qui sont des *présents*, des *cadeaux*, plutôt que de vraies donations entre-vifs (arg. de l'article 852).

151. — La nécessité de l'autorisation me paraît donc être, pour les espèces de contrats que je viens d'énoncer, un effet absolu du mariage. La conservation de la fortune immobilière de la femme, les plus élémentaires convenances, qui exigent que la femme ne puisse donner ni acquérir à titre gratuit sans l'aveu de son mari, ce sont là des intérêts de premier ordre, des intérêts permanents et essentiels du mariage, qui ne sauraient dépendre du régime matrimonial adopté par les époux.

152. — L'incapacité de la femme d'aliéner sans autorisation ses immeubles, me paraît même s'appliquer au cas où il s'agirait d'un immeuble acheté par elle avec les économies qu'elle aurait faites sur ses revenus (art. 1538, 1549), ou avec des bénéfices réalisés dans son commerce. Je sais qu'un arrêt de la Cour de Cassation paraît avoir décidé le contraire (8 septembre 1814, Montanier, Sirey, 1815, I, 39); et peut-être pourrait-on objecter, en effet, que la femme, qui avait le droit de disposer de ses économies ou de ses bénéfices, doit avoir le droit de disposer de ce qui en provient, et qu'il ne faut pas qu'elle soit de pire condition que si elle les avait dépensés.

Mais je réponds que la loi qui défend à la femme d'aliéner seule ses immeubles, ne comporte pas cette distinction : *en aucun cas*, dit l'article 1538. Ce n'est pas là d'ailleurs encourager la prodigalité et la dissipation ; n'est-ce pas, au contraire, récompenser l'esprit d'ordre, que d'assurer les mêmes garanties de conservation à ce qu'il a produit ? C'est ainsi que l'on

s'accorde à penser que le mineur émancipé ne pourrait pas non plus aliéner seul les immeubles qui proviendraient de ses économies (comp. Proudhon, t. II, p. 433; Toullier et Duvergier, t. I, n° 1296; Duranton, t. III, n° 683). Il est vrai qu'autrefois la femme mariée pouvait, sans autorisation, du moins dans une partie de la France, aliéner ses biens, même ses immeubles paraphernaux; la coutume de Normandie s'exprimait même en ces termes : « La femme séparée de biens peut, sans autorité ni permission de justice, et sans l'avis et consentement de son mari, vendre et hypothéquer ses meubles présents et à venir, de quelque valeur qu'ils soient, et les immeubles par elle acquis depuis sa séparation, sans qu'il soit besoin d'en faire remploi. » Mais les articles 217, 1538 et 1576 du Code Napoléon ont formellement abrogé ces anciens principes.

153. — De même, on doit aussi certainement ranger dans la seconde classe (*supra*, n° 147), c'est-à-dire dans la classe des actes que la femme peut faire seule, les contrats qui, d'après leur nature, d'après l'usage général et les dispositions mêmes de la loi, sont considérés comme des actes d'administration : en remarquant que le droit de la femme est, à cet égard, plus étendu que le droit du mineur émancipé; l'article 1449 accorde effectivement à la femme la *libre administration* de ses biens, tandis que l'article 482 n'autorise le mineur émancipé à faire que les actes de *pure administration*.

154. — La femme peut donc alors, sans autorisation :

Consentir toutes les obligations relatives à l'entretien et à la réparation de ses biens;

Consentir des baux à loyer ou à ferme, aux conditions ordinaires de ces sortes de contrats.... : pour neuf ans donc seulement en règle générale, sauf à

maintenir le bail d'une durée même plus longue, s'il était d'ailleurs fait utilement et de bonne foi; car les articles 595, 1429, 1430 et 1718 ne s'appliquant à notre hypothèse que par voie d'analogie, laissent aux magistrats une certaine latitude d'appréciation (arg. de l'article 1673; *voy.* notre t. II, *des Absents*, n° 105, et comp. Nîmes, 12 juin 1821, Rovère, Sirey, 1822, II, 138; Duranton, t. XIV, n° 427; Zachariæ, tome III, p. 480).

Elle peut aussi poursuivre le remboursement de ses capitaux, recevoir le remboursement même de ses rentes, et en donner valable décharge (Grenoble, 19 avril 1842, Durand, Dev., 1843, II, 230).

Elle peut de même faire le placement de ses fonds soit sur l'Etat, soit sur particuliers, avec ou sans hypothèque, soit en actions dans une société, dès qu'il n'en résulte à sa charge aucune obligation personnelle, une fois le versement de son capital opéré (Delangle, *des Société. comm.*, t. I, n° 52; *voy.* toutefois Paris, 19 janvier 1838, Tory, D., 1839, II, 278).

155. — Elle peut aussi, d'après les termes formels de l'article 1449, *disposer de son mobilier et l'aliéner...*, de son mobilier, quel qu'il soit, corporel ou incorporel (art. 535); par conséquent, céder et transporter ses créances, etc.

Mais pourtant remarquez que ce droit de disposition ne lui est accordé que comme une conséquence et un moyen de son droit d'administration. La règle est dans l'article 217; l'exception dans l'article 1449; or, la disposition première et principale de cet article a pour but de concéder à la femme la libre administration de ses biens; le second paragraphe n'est que la suite et le développement du premier; et ce n'est dès lors que pour cause d'administration qu'il permet à la femme d'aliéner son mobilier (Paris, 12 mai 1859, Suzoz, J. du P. 1860, p. 634).

Voilà le principe.

La difficulté, l'impossibilité même le plus souvent pour les tiers, de vérifier les causes de l'aliénation que la femme fait de son mobilier, la sécurité si nécessaire dans ces sortes de mutations, tout cela est sans doute à prendre en très-grande considération dans l'intérêt des tiers de bonne foi; et il est vrai que le droit concédé par notre article 1449 à la femme d'aliéner son mobilier, peut ainsi aller très-loin et s'étendre à des aliénations considérables, qui, au fond, ne seraient point de sa part des actes d'administration.

J'en conviens, c'était là une conséquence inévitable du droit qu'on lui accordait de disposer de son mobilier, même seulement pour cause d'administration. M. Dalloz remarque d'ailleurs très-justement aussi qu'après tout l'administration peut être bonne ou mauvaise, et que les tiers ne sauraient en être juges (*Rec. périod.*, t. X, p. 140, n° 15).

Je conviens, dis-je, de tout cela; mais je n'en tiens pas moins toujours au principe que j'ai posé, savoir : que ce n'est finalement que pour cause d'administration, que comme moyen d'administration que la femme a reçu le droit de disposer de son mobilier; et après avoir fait à la sécurité et à la bonne foi des tiers la grande part qui leur est due, je conclus également que, si l'acte par lequel la femme voudrait disposer de son mobilier, était néanmoins tel, par son caractère même, qu'à première vue les tiers dussent certainement reconnaître qu'il ne constituait pas un acte d'administration, il ne pourrait pas être consenti par elle sans autorisation.

156. — Ce n'est pas ici le lieu de développer les règles de la séparation de biens, qui appartient au titre du *Contrat de mariage*. Mais pourtant ce qui concerne la capacité personnelle de la femme se rattache

à notre sujet actuel; je vais donc dès à présent m'expliquer sur les hypothèses les plus importantes, dans lesquelles s'agite encore la question de savoir si l'autorisation est ou n'est pas exigée.

On peut les poser en ces termes :

A. La femme séparée de biens peut-elle sans autorisation acquérir à titre onéreux soit des meubles, soit des immeubles?

B. Peut-elle placer ses capitaux en rente viagère? ou acheter un usufruit?

C. Peut-elle transiger ou compromettre sur les difficultés relatives à l'administration de ses biens et à son mobilier?

D. Les obligations contractées par elle pour cause d'administration, sont-elles exécutoires sur tous ses biens, soit meubles, soit immeubles?

E. Les obligations contractées par elle pour toute autre cause, par voie d'achat, d'emprunt ou autrement, sont-elles exécutoires du moins sur ses revenus et sur ses meubles?

157. — A. Et d'abord la femme peut-elle acquérir, à titre onéreux, bien entendu (*supra*, n° 150), soit des meubles, soit même des immeubles?

Nos deux articles 217 et 1449 me paraissent être, ici surtout, d'une conciliation difficile.

Aux termes de l'article 217, la femme, *même séparée de biens*, ne peut pas *acquérir à titre gratuit ou onéreux* sans autorisation. Telle est la règle qu'il faut maintenir dans tous les cas, à moins qu'un autre texte n'y ait dérogé; or, on ne trouve nulle part de dérogation; et il est très-remarquable que l'article 1449 ne dit pas un mot de la faculté d'*acquérir;* il ne fait exception à l'article 217 qu'en ce qui concerne la faculté d'*aliéner;* donc, la femme ne peut acquérir même à titre onéreux, sans autorisation, lors même qu'elle est

séparée de biens. Encore une fois, c'est là le texte même de la loi (comp. D., *Rec. alph.*, v° *Contr. de mar.*, chap. II, sect. V, n° 7, t. X, p. 372; Bellot des Minières, t. IV, p. 313).

L'argument est serré; mais pourtant je ne saurais admettre sa conclusion radicale. Il ne m'est pas possible de croire que la femme ne puisse pas alors, dans certains cas du moins et sous certaines conditions, acquérir à titre onéreux.

Qu'elle ne puisse pas contracter, à cet effet, des obligations personnelles, je le pense tout à fait, et j'essayerai bientôt de le prouver (*infra*, n° 163); la défense d'acquérir, prononcée par l'article 217, recevra donc alors son application.

Mais est-il vrai que la femme séparée de biens ne puisse pas, avec ses capitaux actuels, dans les limites de ses ressources présentes, acquérir au comptant, de telle sorte qu'elle ne contracte par son acquisition aucun engagement pour l'avenir? c'est là ce qui ne me semble pas admissible.

Aux termes de l'article 1449, la femme a la libre administration, et par suite le droit de disposer de son mobilier; or, l'acquisition à titre onéreux peut constituer un acte d'administration, un emploi, un acte de disposition légitime de son mobilier; donc, la faculté d'acquérir lui est virtuellement conférée par cet article. Comment, par exemple, lui refuser le droit d'acheter des meubles? Je ne parle pas seulement des meubles meublants, des meubles à l'usage de sa personne, etc.; ce sont là des actes d'administration pour lesquels elle pourrait même contracter une obligation personnelle (*infra*, n° 161); je parle en général de tous les meubles corporels ou incorporels qu'elle achèterait au comptant. N'avons-nous pas reconnu tout à l'heure qu'elle peut acheter des rentes sur l'État, des

actions de la Banque, même des actions dans des compagnies industrielles? (*supra*, n° 154.) Et il faut bien, en vérité, qu'il en soit ainsi! Il le faut, soit pour la femme elle-même, soit aussi pour les tiers : pour la femme, à qui vous donnez le droit d'administrer, et qui dès lors doit pouvoir placer ses capitaux, et faire de son mobilier l'emploi qu'elle croit le meilleur; pour les tiers aussi, qui doivent pouvoir traiter sûrement avec tout individu qui a l'argent à la main, lorsque d'ailleurs la loi elle-même confère à cet individu le droit d'en disposer, et que l'acte même qu'il fait n'excède pas évidemment sa capacité.

Cela posé, et si la femme peut acquérir des rentes, des créances sur un tiers, des actions plus ou moins aventureuses, serait-il logique et raisonnable de lui refuser la capacité d'employer ses fonds à l'acquisition d'un immeuble? Quoi! on a jugé qu'un mineur émancipé peut acheter seul un immeuble avec le produit de ses économies (Colmar, 31 janv. 1826, Ribstein, D., 1826, II, 189; Cass., 15 déc. 1832, Vinatier, D., 1833, I, 133); et la femme séparée de biens, dont la capacité est certainement plus grande, n'aurait pas le même droit! — Elle l'aura aussi, dit-on, pour les économies faites par elle sur ses revenus (Bellot des Minières, *du Contr. de mar.*, t. III, p. 365). — Mais si elle peut acquérir un immeuble avec ses économies, elle doit le pouvoir également avec ses capitaux; car elle a le droit de les placer, de les employer elle-même! — Objectera-t-on que l'acquisition d'un immeuble est un acte très-important, qui dépasse les limites de l'administration même la plus libre?... un acte que le tuteur ne devrait pas faire seul et sans consulter la famille;... un acte, enfin, que le mari lui-même, quand il administre la fortune de sa femme, ne peut pas faire non plus, puisqu'il faut que le remploi

soit accepté par la femme ? (Art. 1435.) — Je réponds d'abord que je ne connais aucun texte qui oblige le tuteur à obtenir l'autorisation de la famille pour faire l'emploi des capitaux pupillaires, même en immeubles. Que la prudence et le soin de sa propre responsabilité le lui conseillent, d'accord ! mais ce que je ne concède pas, c'est que l'acquisition faite par lui en qualité de tuteur, ne soit pas valable à l'égard des tiers, et que, même dans ses rapports avec son pupille, cette acquisition ne doive pas être approuvée, si, d'ailleurs, elle a été un acte de bonne et intelligente gestion. Quant au mari, il n'est peut-être pas certain que l'article 1428 n'eût pas renfermé virtuellement pour lui le droit de faire le remploi des capitaux de sa femme ; et l'article 1435 autorise certainement ce doute, puisqu'il a cru devoir exiger positivement l'acceptation de la femme. Mais toutes ces objections ne me paraissent point ici décisives. La femme n'est pas un administrateur pour autrui ! c'est sa propre fortune qu'elle administre ; et je m'explique très-bien les pouvoirs plus libres et plus étendus que l'administration, même restant toujours *administration*, a pu recevoir dans ses mains. De ce qu'elle ne peut convertir ses immeubles en capitaux sans autorisation, il ne serait pas logique de conclure qu'il lui faut aussi réciproquement l'autorisation pour convertir ses capitaux en immeubles ; ce serait là méconnaître profondément l'esprit tout entier de notre Code Napoléon, et sa prédilection toute spéciale, et même assurément trop exclusive, pour les immeubles. — Mais, enfin, me dira-t-on, que répondrez-vous à l'article 217 ? — C'est là, j'en conviens, l'objection la plus gênante ; mais elle ne m'empêche pas non plus de persister dans mon sentiment ; et voici comment j'y réponds : il est certain que la femme, même séparée de biens,

ne peut pas acquérir à titre onéreux (art. 217); mais il n'est pas moins certain qu'elle peut librement administrer son patrimoine et disposer de son mobilier (art. 1449). Voilà donc deux règles qu'il faut concilier. Eh bien! il me semble que c'est dans le caractère prédominant de l'acte, dans son intention et dans son but principal, que nous pourrons en trouver le moyen. Quand la femme a dans ses mains un capital, ou bien sur un tiers une créance, qu'elle peut actuellement déléguer, et que, pour employer ou pour placer plus sûrement ses fonds, elle achètera un immeuble, j'appliquerai alors l'article 1449, et non pas l'article 217. Que si, au contraire, la femme achète, si je puis dire ainsi, pour acheter, acquiert pour acquérir, sans avoir là de fonds disponibles dont elle veuille faire l'emploi, l'article 217 reprend alors son empire; et l'autorisation est nécessaire. Cela revient finalement à dire que la femme peut acheter au comptant, mais point à crédit; qu'elle ne peut pas, enfin, acquérir en tant qu'elle contracterait une obligation personnelle. Et il me semble que cette distinction est tout à la fois conforme à la raison et à la vérité des faits. Quand la femme emploie ses capitaux, ses créances actuellement disponibles, à l'acquisition d'un immeuble, il y a bien là, si vous voulez, deux choses : d'une part, un placement, un emploi, et de l'autre, une acquisition; mais l'une est principale, et l'autre seulement accessoire; l'une est le but même, et l'autre le moyen. L'opération principale, le but enfin, c'est alors l'emploi d'un capital, c'est-à-dire un acte que la femme séparée de biens peut faire seule; or, qui veut la fin veut les moyens; donc, en ce sens et dans cette limite, l'article 1449 déroge aussi à l'article 217, en ce qui concerne l'incapacité d'acquérir à titre onéreux.

158. — B. Mais faut-il aller jusqu'à dire que la

femme séparée de biens pourrait, sans autorisation, acheter un usufruit, ou placer même ses capitaux en rente viagère?

Quoique l'affirmative ait été décidée par la Cour de Paris (17 mai 1834, Baron, D., 1834, II, 153), j'avoue qu'il m'est fort difficile de croire que cette conséquence soit nécessairement attachée aux principes que je viens de proposer. N'est-ce point là, en effet, essentiellement et évidemment un acte d'aliénation qui excède les limites de l'administration, même la plus libre? Le capital n'est-il pas alors tout à fait aliéné? — Il l'est aussi, dites-vous, dans le prêt, surtout dans la constitution de rente perpétuelle; et certainement la femme peut consentir ces sortes d'actes. Ce n'est donc rien prouver que de dire : le capital est aliéné! — Je réponds encore que, si étendu que puisse être le droit de la femme d'aliéner son mobilier, elle n'a ce droit néanmoins que pour cause d'administration. Le prêt de consommation est une aliénation sans doute... : *mutuum, quod ex meo tuum fit...* (art. 1893; Inst., lib. III, tit. XIV pr.), Voilà la vérité juridique; mais en soi, cette aliénation, certes, n'est pas une perte; c'est un emploi, c'est un placement; et ce capital, momentanément remplacé par une créance équivalente, vous reviendra un jour exactement pareil. Et même dans la rente perpétuelle, s'il est vrai qu'il ne soit pas exigible, je nie qu'il soit perdu; je maintiens qu'il est toujours là, pouvant être toujours offert par le débiteur, et quelquefois exigé par le créancier. Il est perdu, au contraire, perdu sans retour dans le contrat de rente viagère! (Art. 1978.) Or, il me semble que l'on ne peut pas considérer un tel acte comme un emploi, comme un placement, comme un acte enfin de cette administration libre et entière sans doute, mais enfin de cette administration que la loi permet seulement à la femme.

Qui ne voit d'ailleurs tout ce qu'il y aurait ici de dangers! Supposez que la femme eût imprudemment placé ses capitaux sur la tête d'un tiers (art. 1971); ne pourrait-elle pas être ainsi ruinée du jour au lendemain, et se trouver absolument sans ressources! C'est là un danger qu'il importe d'autant plus de prévenir que la femme pourrait y être d'autant plus entraînée par le désir d'augmenter peut-être, sans raison et sans mesure, ses revenus actuels, et par cette imprévoyance funeste, qui nous fait si souvent sacrifier tout l'avenir à la satisfaction du moment présent.

159. — C. La femme séparée de biens peut-elle, sans autorisation, transiger ou compromettre sur les difficultés relatives à l'administration de ses biens et à son mobilier?

« Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction. » (Art. 2045); or, la femme (nous le supposons) a la capacité de disposer seule de son mobilier (art. 1449); donc, elle peut transiger seule sur les difficultés qui y sont relatives, transiger, dis-je, bien entendu, dans la mesure et dans la limite de son droit d'aliéner et d'administrer (Duranton, t. XVIII, n° 409; Troplong, *des Transactions*, art. 2045, 2046, n° 51; *voy.* aussi *infra*, n° 280).

160. — La question n'est-elle pas dès lors résolue pour ce qui concerne le compromis? Ne peut-on pas, en effet, raisonner ainsi?

« Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition. » (Art. 1003 Cod. de procéd.;) or, la femme a la libre administration de ses biens et le droit de disposer de son mobilier; donc, elle peut compromettre sur les difficultés relatives à l'administration de ses biens et à son mobilier. C'est le même argument; pourquoi la solution ne serait-elle pas la même? — Opposera-t-on l'article 215, qui ne

permet pas à la femme, même séparée de biens, d'ester en jugement sans autorisation? — Mais compromettre n'est pas plaider, n'est pas *ester en jugement*. L'arbitrage est une juridiction toute privée, toute secrète, si tant est même que ce mot de juridiction puisse être alors de mise. Le texte de l'article 215 n'est donc pas applicable, et ses motifs surtout manquent ici complétement. Ce que veut l'article 215, c'est que la femme ne puisse pas s'engager, sans autorisation, dans les débats publics d'un procès; il y a là surtout une raison de convenance, de bienséance. Le caractère particulier du compromis n'a rien, au contraire, qui puisse blesser la légitime susceptibilité du mari. Ne serait-il pas très-regrettable, dans beaucoup de cas, que la femme fût incapable de compromettre sur de petites difficultés relatives à son droit d'administration, sur les dégradations, par exemple, qu'elle imputerait à son fermier, etc.? Le compromis n'est-il pas alors lui-même, en quelque sorte, un acte d'administration? (Paris, 3 juin 1808, Leleu, *J. du P.*, à sa date; Caen, 28 août 1845, Pellecat, *Rec. de Caen*, t. IX, p. 663; Boitard, *Procéd. civ.*, t. III, p. 410.)

Voici toutefois les motifs, plus décisifs selon moi, qui doivent faire triompher le sentiment contraire :

1° Aux termes de l'article 1004 du Code de procédure, on ne peut compromettre sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public; or, aux termes de l'article 83 du même Code, les causes des femmes non autorisées de leurs maris sont sujettes à communication; donc, elles ne sont pas susceptibles de compromis;

2° La femme, même séparée, ne peut ester en jugement, c'est-à-dire plaider, sans autorisation; or, le compromis n'est-il pas une sorte de procès? Compromettre, n'est-ce pas, à certains égards, plaider? Le

compromis d'ailleurs par lequel on remet à des tiers la décision du point contesté, est bien plus grave que la transaction, dans laquelle chacune des parties apprécie et consent elle-même, en pleine connaissance de cause, les sacrifices qu'elle croit devoir faire (arg. de l'article 1989);

3° Je conviens qu'il semblerait désirable que la femme pût compromettre sur de petites difficultés d'administration. Mais la loi n'a pas distingué; et si les arguments de l'opinion contraire étaient vrais, il faudrait dire aussi que la femme marchande publique pourrait compromettre sur les difficultés relatives à son commerce, c'est-à-dire sur des difficultés quelquefois de l'intérêt le plus considérable; or, une telle solution ne saurait être admissible; donc, le principe général est qu'en effet la femme ne peut, en aucun cas, compromettre sans autorisation (de Vatismenil, *Encyclop. du droit*, v° *Arbitrage*, art. 3, § 4, n°s 90, 91; Armand Dalloz, *Dictionnaire*, v° *Arbitrage*, n° 139; G. Massé, *le Droit commercial dans ses rapports avec le Droit des gens*, t. III, n° 181).

161. — D. La femme s'est obligée, pour cause d'administration de ses biens, envers un tiers, architecte, charpentier, maçon, ou tout autre ouvrier ou fournisseur, etc.

Quel est l'effet de cette obligation? et sur quels biens peut-elle être exécutée?

Direz-vous :

La femme ne peut pas aliéner ses immeubles sans autorisation; or, si cette obligation était exécutoire sur ses immeubles, la femme les aurait ainsi indirectement aliénés sans autorisation; donc, son créancier, même pour cause d'administration, ne peut exercer de poursuites que sur son mobilier et sur les revenus de ses immeubles. On ne saurait admettre, en effet,

qu'une personne incapable d'aliéner certains biens, puisse engager, par ses obligations, ces mêmes biens (art. 2124); et c'est une pétition de principe que d'invoquer, en pareil cas, l'article 2092, parce que cet article suppose une obligation exécutoire sur tout le patrimoine du débiteur; or, la question est précisément de savoir si une pareille obligation peut être contractée par la femme. La défense d'aliéner les immeubles sans autorisation, renouvelée dans l'article 1449 lui-même, qui concède à la femme le droit d'administrer ses biens, cette défense, placée là, témoigne de plus en plus que la loi n'excepte pas les aliénations indirectes résultant des obligations personnelles contractées même pour cause d'administration; ce n'est que le mobilier qui peut être aliéné sans autorisation, pour cette cause (Zachariæ, t. III, p. 484; Massol, *de la Séparation de corps*, chap. IV, n° 21).

L'argument déduit de l'article 2092 me paraît, au contraire, bien procéder.

Qui veut la fin, veut les moyens; la loi qui accorde à la femme *la libre administration* de ses biens (art. 1449) n'a pas dû la lui rendre impossible; or, d'une part, il en serait ainsi très-souvent, si la femme ne pouvait pas contracter des obligations personnelles dans cette limite et pour cette cause; et, d'autre part, elle ne pourrait pas vraiment contracter des obligations personnelles, si ces obligations n'étaient pas, en effet, aussi valables et aussi légitimes que toutes les autres obligations; donc, il résulte de la première partie de l'article 1449 et de l'article 2092 que l'obligation contractée, en pareil cas, par la femme, est exécutoire sur tous ses biens mobiliers et immobiliers.

Remarquez que je fonde la complète efficacité de l'obligation principalement sur la première partie de l'article 1449, sur celle qui accorde à la femme *la*

libre administration de ses biens. Je ne la fonde pas uniquement sur le second paragraphe, qui lui accorde le droit *de disposer de son mobilier et de l'aliéner ;* car le but de ce second paragraphe me paraît être, non pas d'habiliter la femme à s'obliger sur son mobilier pour cause d'administration (la faculté de s'obliger pour cette cause lui étant concédée d'une manière bien plus complète par le premier paragraphe), mais bien de lui concéder, comme conséquence de son droit d'administration, le droit d'aliéner *directement* son mobilier (Duranton, t. II, n° 492; Valette sur Proudhon, t. II, p. 465).

162. — S'ensuit-il que la femme puisse seule hypothéquer ses immeubles pour la garantie des obligations par elles contractées pour cause d'administration ?... Ceci est autre chose.

Nous verrons plus tard, il est vrai, des auteurs d'un grand crédit soutenir que la validité de l'hypothèque conventionnelle, en ce qui concerne la capacité du constituant, dépend uniquement de la validité de l'obligation principale, et que si la personne est capable de consentir l'engagement, elle est, par cela même, capable de consentir l'hypothèque, qui n'en est que l'accessoire, et qui, d'ailleurs, ne nuit pas au débiteur lui-même, mais seulement aux autres créanciers (arg. de l'article 6 C. de comm.; Toullier, t. II, n° 1298; Duranton, t. III, n° 673; Zachariæ, t. I, p. 265).

Mais je crois plutôt, pour mon compte, que la capacité de constituer une hypothèque est toute spéciale, et qu'il faut pouvoir non pas seulement s'obliger personnellement, mais aussi *aliéner*, d'une manière absolue, l'immeuble qu'il s'agit d'y soumettre (art. 2124). Le tuteur certes peut obliger le mineur pour cause d'administration ; et il est incontestable qu'il ne peut consentir une hypothèque, même pour cette cause, sur

les immeubles du mineur (art. 457). Telle est la disposition formelle de l'article 2126 ; et notez encore que cet article comprend tous les mineurs, même ceux qui sont émancipés ; d'où il suit qu'un mineur émancipé, quoique capable de consentir certaines obligations personnelles (art. 482), est incapable de consentir une hypothèque pour garantie de ces mêmes obligations. Autre chose est d'administrer et de contracter, à cet effet, de simples engagements, autre chose est d'hypothéquer; c'est là toujours un acte très-grave, qui altère le crédit du débiteur et le crédit public; et je conçois bien qu'à ceux-là mêmes auxquels la loi reconnaît la capacité d'administrer, elle n'accorde pas la capacité d'hypothéquer : soit parce que ce n'est pas, à beaucoup près, un moyen nécessaire à l'exercice de ce droit, et qu'il est même très-peu ordinaire qu'on stipule, en pareil cas, une hypothèque; soit parce qu'il s'agit de personnes incapables, femmes mariées, mineurs émancipés, prodigues, etc. (art. 482, 513), à l'égard desquelles il faut, ici surtout, maintenir la règle. Aussi, je considère comme une exception l'article 6 du Code de commerce, qui a eu besoin, en effet, de s'en expliquer pour concéder un pareil droit (Proudhon et Valette, t. II, p. 435-437 ; Duvergier sur Toullier, *loc. sup. cit.*)

163. — E. La femme s'est obligée pour une cause étrangère à l'administration de ses biens..., par voie d'achat, d'emprunt ou autrement; cette obligation est-elle exécutoire sur ses revenus et sur son mobilier?

L'affirmative peut être soutenue par des raisons fort sérieuses :

L'article 1123 déclare que « toute personne peut « contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par « la loi. » Et l'article 1124 ajoute : « Les incapables de « contracter sont.... : les femmes mariées, *dans les cas*

« *exprimés par la loi.* » Or, dans quels cas la femme mariée est-elle déclarée incapable ? L'article 217 pose, à cet égard, la règle, et ne prononce point contre la femme l'incapacité de contracter des obligations personnelles; il la déclare seulement incapable d'aliéner. Il est vrai que cette incapacité d'aliéner étant générale et absolue, comprend toute espèce d'aliénation soit directe, soit indirecte, et que la femme, qui ne peut pas vendre, ne peut pas non plus, en contractant des obligations personnelles, donner à ses créanciers le droit de vendre en son nom. Qui s'oblige, oblige le sien, a-t-on dit; donc, qui s'oblige, aliène ! La femme, déclarée incapable d'aliéner, est dès lors aussi déclarée incapable de s'obliger. Cela est vrai; mais remarquez que cette incapacité de s'obliger n'est pas prononcée contre elle d'une manière directe, distincte, principale ; elle n'est que la conséquence, logique sans doute, mais purement tacite et accessoire de l'incapacité d'aliéner, de cette incapacité, la seule que la loi prononce ! Si donc il arrive que la femme puisse aliéner certains biens, il n'y aura plus contre elle, quant à ces biens, aucune incapacité de s'obliger; or, la femme séparée peut aliéner son mobilier (art. 1449); donc, elle peut contracter des obligations personnelles exécutoires sur ce mobilier (art. 1123).

Dira-t-on que c'est là un argument subtil, qui ne s'attache qu'à la lettre de l'article 217; mais que l'intention du législateur a été certainement de prononcer contre la femme une incapacité complète; intention révélée soit par les redondances de cet article 217 lui-même; soit par l'article 220, qui ne permet que par exception, à la femme marchande publique, de *s'obliger* pour son négoce (ajout. art. 5 C. de comm.); soit, enfin, par les articles 219, 221, 222 et 224, qui, en se servant du mot *contracter*, supposent évidemment que

c'est, en effet, l'incapacité générale de *contracter* qui est prononcée contre la femme par l'article 217? — Mais cette objection est-elle bien concluante? c'est une chose grave assurément que de prononcer une incapacité; c'est là une exception au droit commun, une exception qui a besoin d'être écrite. Or, est-il vrai que l'incapacité de s'obliger soit formulée par le Code Napoléon contre la femme autrement que comme une conséquence de son incapacité d'aliéner? les articles 219 et suivants ne sont que le développement de la règle posée dans l'article 217; ce n'est pas l'article 217 qui doit être expliqué par les articles 219 et suivants; ce sont ces articles, au contraire, qui doivent être interprétés par l'article 217; car ils ne s'occupent que du mode d'exécution, et ne sont, en quelque sorte, que réglementaires. La rédaction de l'article 217 est d'autant plus significative, qu'il n'est pas permis de supposer qu'elle soit le résultat d'une inadvertance ou d'un oubli. Déjà, dans l'ancien droit, cette importante difficulté s'agitait. Quelques coutumes semblaient faire « une distinction entre les engagements qui tendent à l'aliénation ou qui la renferment, et ceux qui ne renferment que de simples obligations » (Reims, tit. I, art. 13); et l'avocat général Séguier, parlant sur l'article 223 de la coutume de Paris, disait que « si cet article était seul, il présenterait une difficulté. Il défend à la femme de *vendre, aliéner ni hypothéquer ses héritages*. Il semblerait donc que, ne défendant pas à la femme de *s'obliger*, elle aurait droit de faire à cet égard ce que bon lui semblerait.... » (*Nouveau Denizart*, v° *Autor. Marit.*, § 2, n°s 1 et 11.) C'est dans cet état de la législation antérieure que l'attention des rédacteurs du Code Napoléon fut appelée sur ce point. Le Tribunat demanda, en effet, positivement que la femme fût déclarée incapable de *s'obliger;* et, malgré ce vœu,

le Conseil d'État n'en persista pas moins dans sa rédaction (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 458, 459). Telle est donc finalement la loi actuelle, bonne ou mauvaise ! Sans doute, elle aurait pu être plus prévoyante; mais il ne faudrait pas pourtant en exagérer les dangers, et soutenir, par exemple, que les obligations ainsi contractées par la femme pourraient, après la dissolution du mariage, devenir exécutoires même sur les immeubles qu'elle aurait eus pendant le mariage; car, à l'égard de ses immeubles, l'obligation aurait été, dès son principe, viciée par le défaut d'autorisation; et cette aliénation indirecte ne serait pas plus validée que l'aliénation directe, par la dissolution du mariage (art. 225, 1305, 1338; Cass., 16 mars 1813, Cisterne, Sirey, 1814, I, 160; Cass., 18 mai 1819, Bréard, Sirey, 1819, I, 339; Paris, 3 mars 1832, Dossat, D., 1833, II, 81).

Cette argumentation est assurément fort sérieuse; mais je pense toutefois qu'elle peut être combattue avec avantage :

Et d'abord, à ne considérer même que l'article 217, on doit reconnaître qu'il prononce, virtuellement du moins, contre la femme, l'incapacité de s'obliger. La femme, en effet, d'après l'article 217, ne peut ni *donner*, ni *acquérir à titre onéreux* sans autorisation ; or, M. Valette (sur Proudhon, t. I, p. 464) remarque très-justement qu'elle ne peut, en conséquence, s'obliger ni à titre gratuit, puisque ainsi elle donnerait, ni même moyennant un équivalent, puisque ainsi elle acquerrait à titre onéreux; donc, l'article 217 lui défend implicitement de s'obliger. Est-ce que, par exemple, la femme serait obligée personnellement par l'acceptation d'un mandat? (*Infra*, n° 168.)

Mais je n'admets pas d'ailleurs l'argument qui prétend concentrer la règle tout entière dans l'article 217,

sans tenir aucun compte des termes, fort explicites pourtant, des dispositions qui le suivent! tous ces articles, 217 à 224, sont l'expression du même principe, et doivent être interprétés réciproquement l'un par l'autre. C'est ainsi seulement qu'on peut parvenir à connaître la véritable intention du législateur; or, cette intention se manifeste, je dirais presque avec évidence, par le rapprochement de ces différents articles, dans lesquels se retrouve à plusieurs reprises la preuve que la femme a toujours besoin d'autorisation pour *contracter*, pour *passer un acte*, et où l'exception, qui permet à la femme marchande publique de *s'obliger* pour son négoce, suppose de plus en plus la règle générale contraire, règle que suppose, en effet, encore pour tous les actes entre-vifs, l'article 226, qui en excepte le *testament*. Si le Conseil d'État n'a pas déféré au vœu du Tribunat, c'est sans doute parce qu'il a voulu prévenir les conséquences trop étendues, qu'on aurait pu induire d'un texte qui aurait déclaré la femme absolument incapable de s'obliger (Aubry et Rau sur Zachariæ, t. III, p. 327, note 17; *infra*, n°s 173 et suiv.).

Ainsi finalement, d'après les articles du titre du mariage, la femme est incapable soit d'aliéner, soit de s'obliger sans autorisation; et je ne concède pas que son incapacité de s'obliger ne soit que le résultat purement acte et sous-entendu de son incapacité d'aliéner; car la loi la déclare incapable généralement de *contracter*.

Cela posé, que résulte-t-il de l'article 1449? que la femme séparée a la *libre administration* de ses biens. Telle est sa disposition principale; et c'est de ce premier paragraphe, que résulte, comme conséquence, la capacité de la femme de contracter, pour cause d'administration, des obligations personnelles exécutoires

sur tous ses biens meubles et immeubles. Que signifie donc, après cela, le second paragraphe de l'article 1449, et quel est son but? c'est de décider que l'aliénation directe du mobilier, l'aliénation actuelle et immédiate par vente, etc., rentre aussi dans son pouvoir de libre administration. La seconde partie de l'article n'est qu'un corollaire de la première, et dès lors elle n'autorise l'aliénation du mobilier que comme une suite, que comme un moyen du droit d'administration, et, par conséquent, aussi seulement pour cause d'administration.

Voulez-vous aller plus loin? Voulez-vous soutenir que le droit de disposer de son mobilier est conféré à la femme dans les termes les plus absolus, et, par conséquent, pour toute espèce de cause? Eh bien! même avec cette interprétation de l'article 1449, je nie encore que la capacité d'*aliéner* doive emporter ici la capacité de *s'obliger* : la femme, aux termes des articles 217 et suivants, est déclarée incapable soit d'aliéner, soit, plus généralement, de contracter, de *s'obliger ;* or, l'article 1449, par exception à cette règle, la déclare seulement capable d'*aliéner* son mobilier; donc, reste toujours l'incapacité de s'obliger, même sur ce mobilier, autrement que pour cause d'administration. Je conviens que l'incapacité d'aliéner renferme l'incapacité de s'obliger; mais je ne crois pas que la capacité d'aliéner entraîne, ou du moins doive toujours nécessairement entraîner comme conséquence réciproque et corrélative, la capacité de s'obliger. Autre chose est, en effet, l'aliénation véritable et proprement dite, l'aliénation qui nous dépouille actuellement de notre bien « est alienatio omnis actus, *per quem dominium « transfertur* » (L. I, Cod. *de Fundo dot.*); autre chose, la simple obligation personnelle qui ne renferme que le germe d'un dessaisissement futur et éloigné. L'une est

assurément plus dangereuse que l'autre; et voilà pourquoi la loi a pu autoriser la première, qui porte avec elle sa leçon et sa peine, et défendre, au contraire, la seconde, qui sacrifie l'avenir au présent, plus dangereuse, en effet, par les illusions qu'elle favorise. Ajoutez que l'aliénation directe et actuelle n'est possible qu'à l'égard du mobilier actuel et déjà existant; sans quoi elle serait nulle pour défaut d'objet (art. 1101-1128). Au contraire, l'obligation personnelle engage tous les biens présents et futurs du débiteur, qui peut ainsi, en un moment, dévorer toutes ses ressources à venir! (art. 2092.) C'est par ces motifs que la loi *Julia*, qui permettait d'aliéner le fonds dotal avec le consentement de la femme, défendait de l'hypothéquer, même avec son consentement; et c'est la même prévoyance qui avait inspiré la défense faite à la femme par le sénatus-consulte Velléien de contracter des cautionnements (*voy.* toutefois Troplong, *du Cautionnement*, art. 2018, n° 176; comp. : *Inst. princ. quib. alien. licet vel non;* L. unic., Cod. *de Rei uxor. act.;* L. IV, § I, ff. *ad senat. Vell.*). Voilà les dangers contre lesquels le Code Napoléon a voulu prémunir la famille, le mari, les enfants, la femme elle-même! L'autorité maritale d'ailleurs exigeait impérieusement le maintien du principe de l'autorisation pour tous les contrats qui ne sont pas une conséquence du droit d'administration; car il n'y avait pour ces contrats aucun motif de dérogation; car il y avait, au contraire, toutes sortes de motifs pour ne pas permettre à la femme de contracter inconsidérément les emprunts les plus considérables pour quelque cause que ce fût! Aussi de tout temps, dans notre droit français, du moins dans presque toutes les coutumes, ces sages principes ont-ils été observés. L'article 332 de la coutume de Paris était ainsi conçu : « Une femme mariée ne se peut obliger sans le consen-

tement de son mari, si elle n'est séparée par effet, ou marchande publique. » C'était là certes une disposition plus favorable que l'article 1449 à l'opinion qui veut accorder à la femme séparée le droit de s'obliger personnellement pour toute espèce de cause. Eh bien! écoutez comment Pothier la comprenait : « La femme mariée peut se passer d'autorisation seulement pour les actes et contrats qui ne concernent que l'administration de ses biens...; à l'égard de tous les autres actes, comme seraient les contrats de vente ou d'échange de ses héritages, un emprunt de sommes considérables, l'acceptation ou la répudiation d'une succession, etc..., la femme ne peut les faire valablement sans l'autorisation de son mari ou du juge. » (*De la Puissance du mari*, n° 15.) Tels me paraissent être les véritables principes, ceux que le Code Napoléon a consacrés, ceux enfin que la jurisprudence, après plusieurs décisions contraires, semble devoir faire aussi définitivement triompher (Paris, 2 mai 1810, Honnet, Sirey, 1810, II, 313; Paris, 7 août 1820, Goulay-Delabrière, Sirey, 1820, II, 315; Nîmes, 4 juillet 1823, Gilly, Sirey, 1824, II, 72; Paris, 1er juin 1824, Desnoyers, Sirey, 1825, II, 66; Grenoble, 14 juin 1825, Durand, Sirey, 1826, II, 38; Cass., 12 février 1828, Belloncle, Sirey, 1828, I, 356; Cass., 18 mars 1829, Chambon, Sirey, 1829, I, 423; Cass., 5 mai 1829, Charve, Sirey, 1829, I, 181; Cass., 3 janvier 1831, Charve, D., 1831, I, 22; Caen, 6 mars 1844, Catherine, Dev., 1845, II, 301; Duranton, t. II, n° 492; Valette sur Proudhon, t. I, p. 463; Zachariæ, t. III, p. 482; Massol, *de la Séparation de corps*, chap. IV, n° 20).

164. — Le principe est donc que la femme, même séparée de biens, ne peut sans autorisation contracter aucune obligation étrangère à l'administration de sa fortune :

Ni des emprunts;

Ni même un bail, s'il ne pouvait pas être considéré comme un acte d'administration (comp. Bourges, 29 mai 1838, Cahours; Cass., 25 août 1841, Cahours, Dev., 1841, I, 782; Cass., 15 juin 1842, de Neuchèze, Dev., 1842, I, 838).

165. — Ni une obligation de faire, comme par exemple, un engagement dramatique (art. 1142; Vivien et Blanc, n° 102). Il y a en outre, d'ailleurs, dans ce dernier cas, un motif de haute convenance. Il y a l'autorité maritale, et le droit du mari de s'opposer à ce que sa femme embrasse publiquement une profession quelconque sans son aveu (art. 214 Cod. Napol.; arg. des articles 220 Cod. Napol., et 4 Cod. de comm.).

C'est d'ailleurs aux magistrats qu'il appartient d'apprécier, d'après toutes les circonstances, si tel acte excède ou n'excède pas les limites de l'administration permise à la femme (*supra*, n° 155; comp. Paris, 23 août 1825, Delannoy, D., 1826, II, 38; Grenoble, 13 décembre 1831, Blanc-Duclos, D., 1832, II, 88; Cass., 21 août 1839, Feuchères, Dev., 1839, I, 663).

166. — La femme ne pourrait pas non plus accepter un mandat, en tant qu'on voudrait en faire résulter contre elle quelque engagement (art. 1990, 1029, 1030, etc., etc.).

Sans doute elle peut accepter une procuration soit *ad lites*, soit *ad negotia* (Pothier, *du Mandat*, n° 123); et c'est avec raison qu'on a toujours enseigné que la nécessité de l'autorisation pour ester en jugement ou pour contracter, ne s'applique qu'au cas où la femme elle-même plaide ou contracte en son nom personnel (Pothier, n° 49; Zachariæ, t. III, p. 323).

Mais il est nécessaire de bien comprendre cette proposition :

167. — S'agit-il de certains pouvoirs, de certaines attributions, conférés à la femme par la loi elle-même? il paraît alors rationnel de dire que la loi qui donne directement un mandat à la femme, l'habilite par cela même à l'accepter et à le remplir.

C'est ainsi que la femme n'est pas soumise à la nécessité de l'autorisation dans l'exercice de ses droits de puissance paternelle sur ses enfants, soit pour consentir à leur mariage, au mariage surtout des enfants qu'elle aurait eus d'un premier lit (art. 148 et suiv.), soit pour accepter les donations qui leur seraient faites (art. 935; Toullier, t. II, n° 630; Vazeille, t. II, n° 328; *voy.* aussi notre *Traité de l'absence*, n° 214 et 317).

Un arrêt de la Cour de Grenoble semblerait contraire à cette doctrine (17 août 1831, Michalon, D., 1832, II, 47); mais il est à remarquer qu'il s'agissait, dans l'espèce, d'une femme remariée, tutrice des enfants de son premier lit, et dont par conséquent le nouveau mari était aussi le cotuteur (art. 395, 396).

168. — S'agit-il d'une procuration ordinaire donnée par un tiers à la femme? elle peut l'accepter, il est vrai; et le mandant aura été valablement représenté par elle à l'égard des tiers. Mais la femme elle-même n'aura pu contracter sans autorisation, ni envers les tiers, ni envers le mandant, aucune obligation personnelle. Voilà précisément ce que déclare l'article 1990 (Duranton, t. II, n° 498; Proudhon et Valette, t. I, p. 462). Et M. Troplong fait remarquer avec raison que si la faculté laissée à la femme d'accepter un mandat d'un tiers sans l'autorisation de son mari semble contraire à la bonne discipline de la famille, le droit de la femme de s'affranchir « des obligations du mandataire garantit qu'on n'abusera pas de l'article 1990 pour troubler l'harmonie conjugale. » (*Du Mandat*, n° 335.)

169. — C'est par application de ces principes qu'on a de tout temps décidé que la femme obligeait son mari, sans s'obliger elle-même, par les engagements qu'elle contracte, pour les besoins du ménage, envers les tiers, marchands, fournisseurs, etc. (*Nouveau Denizart*, v° *Autor. marit.*, § 2, n°s 9, 10; Pothier, n° 49; Merlin, *Rép.*, t. I, v° *Autor. marit.*, sect. VII, n° 7, et t. XVI, *eod. verbo;* Toullier, t. XII, n°s 261-277; Duranton, t. II, n° 485).

Et d'abord que ces sortes de soins et de détails fassent essentiellement partie des attributions de la femme, de son *département* dans la famille, c'est là une vérité de mœurs incontestable. « C'est à la femme de veiller au dedans et d'ordonner dans le domestique, » disait Raviot sur Perrier (quest. 249, n° 8). Ainsi l'exigent les convenances, les habitudes sociales et l'intérêt du mari lui-même, puisque autrement la femme ne trouverait aucun crédit pour les choses même les plus nécessaires à l'existence de la famille. Mais n'oublions pas pourtant que le mari seul est le chef et le directeur du ménage, et que c'est en son nom que tout doit se faire.

La femme agit donc alors en vertu non pas de l'*autorisation*, mais bien plutôt de la procuration de son mari; elle ne traite pas en son propre nom, et n'a pas, en conséquence, besoin de l'autorisation proprement dite; elle traite comme mandataire de son mari, comme serait un maître d'hôtel; or, le mari est, en général, présumé donner à sa femme le mandat de faire toutes les dépenses nécessaires à la famille suivant ses besoins et sa position; à sa femme, dis-je, assurément, puisque de telles dépenses habituellement consenties par un intendant à ses ordres, seraient présumées faites de son aveu; donc, pour ces sortes d'engagements, la femme mandataire du mari l'oblige et ne s'oblige pas elle-même.

Cette double proposition, incontestable sous le régime de la communauté (art. 1409-5°, 1420), aussi bien que sous le régime exclusif de communauté ou sous le régime dotal, qui mettent à la charge personnelle du mari tous ces frais (art. 1530, 1540, 1549), cette proposition, dis-je, me paraît aussi généralement vraie, même sous le régime de la séparation de biens; car si la femme a, dans ce dernier cas, la jouissance, et, à certains égards, la disposition de ses revenus, le mari n'en demeure pas moins toujours le chef, toujours l'ordonnateur souverain; et nous avons vu que c'est entre ses mains que doit être régulièrement versée la part contributoire de la femme dans les dépenses communes (*supra*, n° 87). On comprend toutefois que la femme pourrait alors être plus facilement, suivant les cas, déclarée débitrice personnelle envers les tiers.

170. — Quelle est l'étendue de ce mandat, de cette commission que le mari confère tacitement à sa femme? Ceci, à vrai dire, n'appartient point à notre sujet actuel; car il ne s'agit plus de l'incapacité de la femme, comme femme mariée, ni du principe de l'autorisation; il n'y a plus qu'une question de mandat. Je compléterai toutefois ce que j'ai commencé à dire sur ce point, en ajoutant que c'est là une question de fait et d'appréciation, subordonnée à la position des époux, à leur fortune, à leurs habitudes, à la nature des dépenses, à leur utilité plus ou moins grande, à leur plus ou moins d'ancienneté, comme aussi à la bonne foi, à l'imprudence ou à la négligence plus ou moins excusable des marchands et fournisseurs. C'est ainsi que les tiers seraient, en général, sans excuse et, par suite, sans action, si les dépenses étaient évidemment frivoles, excessives, surtout si le mari avait annoncé, par un avis publié dans les journaux, ou, ce qui serait mieux encore, par un avis direct aux fournisseurs

eux-mêmes, qu'il engageait les tiers à ne rien livrer à sa femme qu'au comptant (L. 11, ff., *de Instit. act.;* comp. Rouen, 27 décembre 1809, Capron, D., t. II, *Suppl.*, p. 709; Rennes, 30 janvier 1813, B... C. C..., et 21 janvier 1814, B... C. C..., D., t. II, *Suppl.*, p. 708, 709; Bruxelles, 23 février 1818, Homeroyen, D., *loc. supra cit.;* Paris, 1er mai 1823, Tilly, Sirey, 1824, II, 96; Cass., 14 février 1826, Coubotte, Sirey, 1826, I, 332; Cass., 13 février 1844, Delaplanche, D., 1844, I, 157).

Sous ces réserves, le pouvoir de la femme comprend en général le droit de faire tous achats pour nourriture, pour vêtement, pour ameublement.

Mais le droit de louer un appartement, une maison? Cet acte est plus grave; et je conseillerais aux tiers de ne point consentir un bail à la femme non autorisée spécialement à cet effet, quoique pourtant il se pourrait aussi, à raison des circonstances, que le bail lui-même d'un logement nécessaire à la famille fût considéré comme un acte d'administration domestique (Bordeaux, 29 mars 1838, Laborde, Dev., 1838, II, 389; Troplong, *du Louage*, t. I, n° 149).

171. — L'incapacité de la femme mariée, en ce qui concerne surtout les contrats, est donc plus ou moins complète, suivant le régime matrimonial adopté par les époux, suivant que l'administration et la jouissance des biens personnels de la femme appartiennent au mari ou, au contraire, à la femme elle-même.

De là peuvent naître, dans l'une et dans l'autre situation, deux difficultés fort sérieuses, et d'un grand intérêt doctrinal et pratique :

A. Lorsque le mari, d'après les conventions matrimoniales, a l'administration et la jouissance des biens propres de la femme, comme sous le régime de la communauté, d'exclusion de communauté, et le régime

dotal, un tiers peut-il faire à la femme une libéralité sous la condition que le mari n'aura ni l'administration, ni la jouissance du bien donné ou légué? La condition, qui attribue l'administration de ce bien à la femme, est-elle licite, ou doit-elle être réputée non écrite comme blessant l'autorité maritale et par conséquent l'ordre public? (Art. 6, 900.)

B. Lorsque la femme, d'après les conventions matrimoniales ou en vertu d'un jugement qui aurait prononcé la séparation de biens, a le droit d'administrer elle-même sa fortune, le mari ne conserve-t-il pas toujours un droit de surveillance et de contrôle? et peut-il demander à la justice que la femme soit tenue, suivant les circonstances, de prendre telle précaution, de fournir telle garantie qui serait jugée nécessaire, comme, par exemple, de faire emploi des capitaux des rentes, qui lui seront remboursés, etc.?

Ce sont là deux questions qui concernent assurément la puissance maritale. Quelle est, au juste, l'étendue de cette puissance? Quels sont ses attributs essentiels? C'est bien ici le moment de s'en expliquer.

A. Un mari a le droit d'administration et de jouissance sur tous les biens personnels de sa femme.... Et voilà qu'un tiers, un parent ou autre, peu importe, lègue à cette femme un bien sous la condition qu'elle seule aura le droit de l'administrer et d'en percevoir les revenus. Pour ne pas compliquer ceci par une autre difficulté, qui viendra plus tard à son tour, supposons que le testateur avait la libre et entière disposition de ce bien.

Cette condition est nulle, dit le mari (art. 900) :

1° Il faut considérer comme non écrite toute condition par laquelle le testateur prétendrait régler lui-même la conduite du légataire ; l'empêcher , par exemple, soit d'aliéner, soit de louer le bien qu'il lui

laisse, ou lui imposer un mode quelconque d'administration ou de jouissance (Paris, 11 mars 1836, Rouyer, Dev., 1836, II, 360). Vous pouvez sans doute léguer ou ne pas léguer votre chose à un tiers; mais vous ne pouvez pas, après la lui avoir léguée, c'est-à-dire après l'en avoir rendu propriétaire, vous ne pouvez pas l'être encore et vous survivre toujours, en quelque sorte, à vous-même! Toutes ces conditions ne seraient que d'arbitraires entraves soit à la disponibilité réelle du bien donné ou légué, soit à la capacité personnelle du donataire ou du légataire; et un disposant ne peut certainement rendre ni la chose inaliénable, ni la personne incapable. « Iniquum est, » dit la loi romaine, « ingenuis hominibus non esse liberam « rerum suarum alienationem... » (L. 2, ff., *Si a par. serv. manum.*) « Les particuliers, » dit le Code Napoléon, « ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications *établies par les lois.* » (Art. 537-544.) Il importe d'autant plus de déclarer nettement impossibles toutes les clauses de ce genre, qu'elles ne tarderaient pas à se multiplier sous toutes les formes. Qui ne sait jusqu'à quel point est tenace l'instinct de la propriété! combien il abhorre cette vérité fatale : *Mors omnia jura solvit...;* combien enfin il a de peine à se rendre, même devant cette limite que ses prétentions voudraient toujours franchir! Or, la condition par laquelle un testateur déclare que la femme jouira elle-même du bien légué, tandis que, d'après son contrat de mariage, c'est-à-dire d'après ses engagements personnels, cette femme est tenue de laisser à son mari la jouissance de tous ses biens, cette clause modifie la position personnelle de la femme; elle crée une condition incompatible avec le droit absolu de propriété qui lui appartient désormais. La femme peut donc toujours, malgré cette condition,

abandonner la jouissance de ce bien à son mari; et si elle le peut, elle le doit, car elle en a contracté l'obligation!

2° Aux termes de l'article 1395, les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage; or, nous supposons que le mari a, d'après ses conventions matrimoniales, le droit de jouir de tous les biens personnels de sa femme; donc, la condition qui attribue à la femme elle-même la jouissance du bien légué serait un changement impossible à la loi immuable du contrat de mariage.

3° Enfin la puissance maritale est d'ordre public; et aucune condition ne saurait en affaiblir les ressorts, ni en altérer les prérogatives, surtout contre le gré et malgré la résistance du mari; or, il est incontestable que la femme est beaucoup plus dépendante, lorsque, n'ayant elle-même aucuns revenus propres, c'est de son mari qu'elle reçoit toutes les sommes qui lui sont nécessaires; donc, il ne peut pas arriver qu'un tiers, par sa seule volonté, vienne changer ces rapports que le contrat de mariage a établis entre les époux, ni enlever au mari la position qu'il s'était faite, qu'il avait choisie, et sans laquelle peut-être il n'eût pas voulu se marier (Delvincourt, t. III, p. 239, note 3; Bellot des Minières, *du Contr. de mar.*, t. I, p. 300).

Je vais dire pourquoi je pense, au contraire, que cette condition est licite et doit être maintenue :

1° Que le testateur ne puisse pas rendre le bien par lui légué indisponible, ou le légataire incapable, je le crois aussi tout à fait; et je ne lui reconnais pas non plus, en général, le pouvoir d'imposer au légataire un mode quelconque d'administration ou de jouissance; mais il me semble qu'on fait ici de ces principes, vrais en eux-mêmes, une application inexacte. De quoi

s'agit-il, et quelle est donc cette condition que vous voulez réputer non écrite? Le testateur a dit qu'il entendait n'exercer sa libéralité qu'au profit de la femme, et dans son seul intérêt; il a dit que le mari n'aurait pas les fruits du bien légué. Et voilà que vous protestez.... au nom de la femme! et que vous prétendez qu'on porte atteinte à sa capacité..., qu'on veut régler sa conduite, etc...! Je pense au contraire qu'il n'en est rien, et que vous méconnaissez tout à fait la volonté du disposant. A la femme elle-même le legs est fait sans condition et sans entraves! mais ce n'est qu'à elle qu'il est fait; ce n'est qu'elle-même et qu'elle seule que le testateur veut gratifier! J'entends bien qu'on prétende, en pareil cas, que le mari n'a pas pu être privé de cette jouissance, que lui assuraient irrévocablement ses conventions matrimoniales, etc...; j'entends que le mari invoque des moyens de son propre chef, moyens tirés de son contrat de mariage ou de son autorité maritale. Mais venir, du chef de la femme, au nom de la femme, contester cette libéralité! la contester précisément parce qu'à son profit elle est plus parfaite et plus entière, voilà ce qu'il est difficile de comprendre!... Voyons donc les arguments que le mari nous oppose de son propre chef :

2° Ses conventions matrimoniales lui assurent la jouissance de tous les biens de sa femme; or, les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement depuis la célébration du mariage. — A la bonne heure! voilà du moins une objection qui vient de vous et qui vous est propre; mais elle ne me paraît pas fondée. C'est par la volonté des époux, en effet, par leurs conventions postérieures, que le contrat de mariage ne peut plus être modifié; et l'article 1395 ne doit pas être séparé de l'article 1394, dont il est la suite et le complément : « Toutes conventions ma-

« trimoniales seront rédigées, avant le mariage, par « acte devant notaire; » c'est-à-dire rédigées par les futurs époux de manière à ce que, devenus époux par la célébration du mariage, ils n'y puissent plus eux-mêmes rien changer. Mais l'article 1395 ne s'applique point à ces modifications, à ces changements, qui arrivent indépendamment du fait et de la volonté libre des époux; c'est ainsi que la séparation de biens peut être prononcée en justice (art. 1443, 1563); c'est ainsi que les conditions apposées par les tiers à des libéralités, qu'ils pouvaient faire ou ne pas faire, sont en dehors des termes de l'article 1395, qui a eu pour but de rendre impossibles les donations *contraintes*, les donations *déguisées* entre les époux eux-mêmes, et dont les motifs essentiels ne s'appliquent pas dès lors à ce qui ne provient pas du fait des époux. Si l'article 1543 ne permet pas même au tiers disposant de rendre dotal et inaliénable le bien par lui donné, depuis le mariage, à la femme qui ne se serait constitué en dot que ses biens présents, c'est par un autre motif; c'est parce que cette inaliénabilité de la dot est tout à fait exorbitante et ne peut résulter que du contrat de mariage lui-même! Mais, en sens inverse, si vous supposez que la femme s'est constitué en dot tous ses biens présents et à venir, je n'hésite pas à croire, malgré un arrêt de la Cour de Nîmes qui paraît avoir jugé le contraire (18 janvier 1830, Brigadet, D., 1830, II, 129 et 177), que rien ne s'opposera à ce que le tiers mette pour condition que le bien par lui donné ou légué ne sera pas inaliénable. Donc, il n'est pas exact de dire que les libéralités faites, pendant le mariage, à la femme, ne peuvent pas renfermer des conditions qui modifient, quant au bien donné ou légué, les rapports des époux et les droits du mari tels que le contrat de mariage les avait établis. Eh!

mon Dieu, les textes eux-mêmes le prouvent par des exemples : voyez plutôt si l'article 1401 ne permet pas de donner à un époux, marié sous le régime de la communauté, du mobilier sous la condition qu'il lui demeurera propre ! Et ce n'est pas là, au reste, une règle particulière au contrat de mariage ; c'est une règle de raison, fondée sur ce que le disposant, qui pouvait ne pas faire du tout sa libéralité, a pu dès lors la faire sous telles conditions licites qu'il jugeait convenables ; et ces conditions, en tant qu'elles modifient, indépendamment de la volonté personnelle des époux, leurs conventions matrimoniales, uniquement quant à l'objet de la libéralité, ces conventions n'ont rien d'illicite. Je dis que c'est là un principe général. Écoutez, en effet, Pothier, dans son *Contrat de société* : « La société *universorum bonorum* étant de tous les biens présents et à venir, tout ce qui advient à chacun des associés, durant la société, y tombe, à quelque titre qu'il lui advienne, même à titre de succession, donation ou legs.... Néanmoins, en un cas, les choses échues à l'un des associés à titre de donation ou de legs ne tombent pas dans la société, savoir : lorsqu'elles lui ont été données ou léguées sous la condition qu'elles n'y tomberaient pas ; car le donateur ou le testateur, ayant été le maître de ne pas les donner, a pu, en les donnant, apposer à sa donation telle condition qu'il a voulu ; et il ne fait, en cela, aucun tort aux associés du donataire, qui n'auraient eu rien à prétendre si, comme il en était le maître, il n'eût pas fait la donation. » (Nos 33, 34.) De même, le testateur, en attribuant à la femme la jouissance du bien légué, ne fait aucun tort au mari, qui n'aurait eu rien à prétendre si le testateur, comme il en était le maître, n'eût pas fait le legs.

3° Il ne lui fait pas tort quant à ses intérêts pécu-

niaires, soit! direz-vous; mais le tort fait à l'autorité maritale est flagrant! Voilà la femme désormais indépendante. — Cet argument est sérieux, le plus sérieux, à mon gré, de tous les arguments de l'opinion contraire, et je conviens qu'il me touche beaucoup; je conçois le mari qui vient dire qu'il entend gouverner sa maison, et qu'il n'aurait pas voulu d'un ménage dans lequel il ne serait pas le chef, ni d'une femme qui pourrait, malgré lui, recevoir ses revenus et les dépenser à sa guise, sans surveillance et sans contrôle. Cette objection acquerra encore plus de gravité lorsque les époux seront mariés, non pas sous le régime tacite de la communauté purement légale, mais après avoir réglé au contraire, par des stipulations formelles, les conditions, de part et d'autre choisies et acceptées, de leur mariage. — Elle ne me paraît pourtant pas non plus décisive : les attributs de la puissance maritale sont de deux sortes; et on pourrait dire que les uns sont *essentiels*, et les autres seulement *naturels*. J'appelle attributs essentiels de l'autorité maritale, les conditions qui sont constitutives de cette autorité même, et que nous n'en voyons en effet jamais séparées. Ainsi le devoir pour la femme d'habiter avec son mari (art. 215); ainsi la nécessité de l'autorisation pour que la femme puisse ester en jugement ou aliéner ses immeubles (art. 215, 217, 1538); ce sont là des prérogatives vitales de cette puissance, qui lui appartiennent toujours, sous tous les régimes matrimoniaux, et auxquels ni les époux ni les tiers ne peuvent, en aucun cas, déroger (art. 6, 1388). Il n'y aurait donc pas de difficulté à déclarer non écrite la condition apposée à une libéralité faite à une femme mariée, d'établir son domicile ailleurs que dans le domicile de son mari (art. 108, 214; Poitiers, 3 juin 1842, N..., Dev., 1843, II, 295), ou d'aliéner sans autori-

sation l'immeuble légué (*voy.* encore Nîmes, 18 janv. 1830, Brigadet, D., 1830, II, 129). Mais à côté de ces attributs *essentiels* et inaltérables, il en est d'autres simplement *naturels*, qui appartiennent, il est vrai, d'ordinaire au mari, mais qui peuvent néanmoins lui être enlevés sans que l'autorité maritale en soit détruite ni même sensiblement altérée. C'est ainsi que l'administration des biens de la femme par le mari est une conséquence naturelle du mariage (art. 1393, 1428); mais pourtant rien ne s'oppose à ce que la femme conserve elle-même toujours (art. 1536), ou recouvre plus tard (art. 1443, 1563), l'administration et la jouissance de sa fortune. Il n'y a donc là aucune atteinte à l'ordre public, aucun échec aux principes vraiment importants de la bonne organisation et de la bonne discipline des familles; et dès lors on ne peut pas considérer comme illicite la condition qui se borne à produire une situation, que la loi elle-même a reconnue et consacrée. En soi donc, je le répète, et d'une manière absolue, cette situation est licite. Mais, s'écrie le mari, je n'y aurais pas consenti, moi! cette condition me blesse dans mes principes personnels, dans mes affections, dans la position enfin que j'avais choisie tout exprès! — Ce n'est point d'après les idées personnelles de chacun, d'après les principes particuliers de telle ou telle personne, qu'il faut apprécier si une condition est contraire à l'ordre public. C'est d'après les idées de la société elle-même, d'après ses mœurs et ses habitudes générales; et la tâche est déjà, comme cela, bien assez difficile! (*Voy.* notre t. I, n°s 17-20.) Rassurons d'ailleurs les susceptibilités du mari en lui rappelant que cette libéralité, qu'il ne veut pas autoriser sa femme à accepter avec la condition qu'on y a mise, ne pourra être acceptée par elle qu'avec l'autorisation de la justice (art. 217, 905), et

que c'est là une garantie contre les abus. Ajoutons enfin que cette condition pourra elle-même être plus d'une fois très-juste et très-désirable ; il est tel mari si excessivement rangé, ou si bizarre, qu'il donne à peine à sa femme de quoi pourvoir convenablement à ses dépenses personnelles. Ce sont tous les jours, d'un côté, des demandes d'argent, et de l'autre côté, des refus; et puis, bien entendu, des brouilles, des querelles. — Que la femme demande sa séparation de biens, dites-vous? — Mais il s'en faut bien vraiment que sa dot soit en péril! elle n'est que trop bien gardée par cet avare! Je sais qu'après tout, s'il la laissait manquer du nécessaire, on pourrait bien en venir là, et lui retirer la dot pour cause d'inaccomplissement des conditions sous lesquelles il l'a reçue et peut seulement la conserver (art. 1184); mais c'est là un remède extrême et très-fâcheux. Et puis enfin il est possible que la femme, sans manquer du nécessaire, n'ait point pourtant, par la faute de son mari, la tenue et les habitudes que sa position sociale, son éducation et sa fortune lui permettraient d'avoir. Eh bien, je dis que si son frère, par exemple, lui fait alors un legs, sous la condition qu'elle jouira elle-même du bien légué, je dis que cette condition-là, qui ne blesse jamais l'ordre public, comme j'espère l'avoir prouvé, sera de plus, dans ce cas, très-digne d'être maintenue et approuvée. Ce sera pour la femme une sorte de petit pécule très-légitime (arg. des articles 1534-1549). Ces derniers motifs prouvent assez que je ne saurais admettre l'opinion mixte proposée par M. Seriziat (*du Régime dotal,* n° 21), qui pense que *pour tout concilier*, on ne devra accorder ni au mari ni à la femme, pendant le mariage, les revenus du bien légué, et que ces revenus seront capitalisés pour être remis à la femme lors de la dissolution du mariage. Ne serait-ce pas là,

au contraire, violer tout à la fois et le contrat de mariage et l'acte de libéralité! (Paris, 27 janv. 1835, Brochand, et 27 août 1835, Guérin, Dev., 1835, II, 65 et 518; Nîmes, 18 janv. 1840, Bernard, Dev., 1841, II, 11; Toulouse, 20 août 1840, de Villeneuve, Dev., 1841, II, 114; Paris, 25 mars 1843, Thinel, *J. du P.*, t. I, 1843, p. 487; Paris, 5 mars 1846, Chéron, *J. du P.*, t. I, 1846, p. 483; Aix, 16 juillet 1846, Tardieu, Dev., 1846, II, 402; Merlin, *Rép.*, t. IV, v° *Dot*, § 2, n° 10; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, 283; Toullier, t. XII, n° 142; Duranton, t. XIV, n° 150.)

172. — La question qui précède est très-semblable à une autre que nous retrouverons plus tard, à la question de savoir si on peut donner des biens à un enfant mineur, sous la condition que son père n'en aura ni la jouissance (art. 387) ni même l'administration. Je me borne à constater ici que l'affirmative, après quelques revers (Besançon, 25 novembre 1807, Magnoncourt, Sirey, 1808, II, 97; Caen, 11 août 1825, Manchon, Sirey, 1826, II, 233; Rouen, 29 mai 1845, Broquet, Dev., 1846, II, 379), semble devoir néanmoins triompher; et c'est là encore un argument de plus en faveur de la solution que je viens de proposer, en ce qui concerne la femme mariée (Cass., 11 novembre 1828, Legay, Sirey, 1830, I, 78; Nîmes, 20 déc. 1837, Bonnefoi, Dev., 1838, II, 270; Caen, 20 nov. 1840, Salomon, Dev., 1841, II, 78; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 240; Vazeille, t. II, n° 458; Zachariæ, t. I, p. 292).

173. — B. Supposons maintenant que les époux sont séparés de biens, soit par contrat de mariage, soit par jugement. La femme a, dans ce cas, l'administration de sa fortune; et s'il lui faut toujours l'autorisation de son mari, dans certaines circonstances, elle peut néanmoins faire seule tous les actes de libre

administration, des actes même quelquefois fort importants. Ainsi, par exemple, elle est capable de recevoir les capitaux qui lui sont dus, et d'en donner valable décharge; et par voie de conséquence, c'est à elle aussi qu'il appartient d'en faire l'emploi et le placement, suivant le mode et les conditions qu'elle croit convenables (*supra*, n° 154).

Eh bien! je demande si même dans cette situation, le mari ne conserve pas toujours un droit de surveillance? et s'il ne peut pas demander que la femme soit tenue, suivant les cas, de prendre telles précautions que la justice ordonnerait?

Voilà le débiteur d'une rente, qui vient en apporter le capital à la femme, sa créancière; et la femme se dispose à placer ce capital, ces 100 000 fr., son principal avoir peut-être; elle se dispose à le placer en actions, dans des compagnies industrielles fort peu solides!... ou dans toute autre spéculation aléatoire ou même évidemment mauvaise!... faut-il que le mari regarde cela sans rien dire, et assiste tranquillement à la perte certaine de ce capital, qui devait un jour servir à doter les enfants communs, et qui peut-être, dès aujourd'hui même, est nécessaire pour fournir des aliments à la famille?...

Ou encore, c'est une femme qui laisse périr ses droits, faute d'agir. Un usurpateur est en voie de prescrire sa maison, et elle n'interrompt pas la prescription! Le fermier ou l'usufruitier de son domaine démolit des bâtiments, abat des bois de haute futaie, et la femme le laisse faire! Faut-il que le mari laisse s'accomplir aussi toutes ces prescriptions, toutes ces déprédations, dont le résultat final sera de dénaturer la fortune de la femme, et de convertir en indemnités pécuniaires, plus ou moins facilement recouvrables, des immeubles qu'elle ne pouvait pas aliéner sans son consentement?

Ceci me paraît très-grave.

La femme s'oppose à toute espèce d'intervention du mari dans l'administration de son patrimoine; et voici ses motifs :

1° La loi elle-même a déterminé dans quels cas et pour quels actes la femme, quoique séparée de biens, serait néanmoins soumise à la nécessité de l'autorisation.... pour ester en jugement.... pour aliéner ses immeubles, même pour contracter des obligations personnelles, étrangères à l'administration de ses biens. Mais pour ce qui est de cette administration elle-même, la loi l'accorde à la femme dans les termes les plus absolus.... *la* LIBRE *administration* (art. 1449); l'ENTIÈRE *administration et la jouissance* LIBRE *de ses revenus* (art. 1536). La loi en effet a pesé toutes ces considérations; et on ne doit pas vouloir se montrer plus prévoyant qu'elle. Il n'est pas plus possible de dispenser la femme de l'autorisation, quand la loi l'exige, que d'exiger cette autorisation, quand la loi l'en dispense; c'est là, dans tous les cas, une question de capacité personnelle, qu'il n'appartient qu'au législateur de décider; or, encore une fois, il a cru devoir, à tort ou à raison, dispenser la femme séparée de biens, de l'autorisation pour tous les actes d'administration; donc, vous ne pouvez pas l'exiger; et dès lors vous ne pouvez pas non plus, par des détours, par des moyens indirects, au nom d'un prétendu pouvoir de surveillance, qui ne serait au fond que le principe de l'autorisation, arriver au même résultat (Riom, 5 fév. 1821, Maurin, Sirey, 1822, II, 23). C'est ainsi qu'il a été souvent jugé que la femme, même mariée sous le régime dotal, et qui a obtenu sa séparation de biens, ne peut pas être obligée, sur la demande du mari, à fournir caution pour la réception de ses deniers dotaux (Caen, 9 déc. 1836, Vincent,

Dev., 1837, II, 164; Caen, 2e chamb., 12 juin 1840, Picot, *Rec.*, t. V, p. 24; 2e ch., 13 août 1842, Parey, *Rec.*, t. VI, p. 632; Cass., 22 déc. 1839, Buisson, Dev., 1840, I, 242; Cass., 11 avril 1842, Baloffet, Dev., 1842, I, 315; Poitiers, 17 fév. 1842, Jamet, Dev,, 1842, II, 472).

2° Sortez pour un moment de ces textes, et vous allez voir par quelles incertitudes et par quel arbitraire vous aurez remplacé le système si net et si sûr de la loi! Comment en effet pourrait-on connaître au juste la capacité de la femme mariée? Comment saurais-je, moi, tiers, si c'est d'après le texte même du Code Napoléon que je dois l'apprécier, ou s'il n'y a pas quelque décision particulière et toute personnelle, qui aurait limité la capacité légale de cette femme, et qui l'obligeait par exemple à ne recevoir ses capitaux qu'en fournissant caution! Cette doctrine jetterait donc beaucoup d'embarras dans les affaires; et elle rendrait ainsi très-difficile aux femmes mariées l'administration de leurs biens, cette administration, que la loi déclare pourtant *libre* et *entière* dans leurs mains.

3° Mais c'est de la part du mari surtout que vont venir les entraves et les tracasseries de toutes sortes; il y en aura toujours, un peu plus ou un peu moins, alors même qu'il s'agirait d'une séparation de biens stipulée dans le contrat de mariage. Il y en aura, dis-je, toujours; car le mari est naturellement porté à examiner les actes de sa femme; et si vous consacrez légalement ce droit de contrôle, il ne tardera pas à dégénérer en une administration rivale. Mais c'est surtout dans le cas de séparation prononcée par justice, que les inconvénients seront graves. Comment! vous avez prononcé la séparation de biens contre le mari; vous l'avez dépouillé honteusement de la gestion du patrimoine de sa femme; et vous croyez pouvoir lui

laisser encore ce que vous appelez un droit de contrôle, un pouvoir de surveillance! attendez-vous alors à ce qu'il va chercher, par tous les moyens, à ressaisir cette administration qui lui échappe; à critiquer, à censurer la conduite de sa femme..., à la dénoncer à la justice, comme la femme a dénoncé la sienne!... Attendez-vous à ces inévitables représailles, c'est-à-dire à des querelles, à des tiraillements qui rendront l'administration impossible et ne pourront que troubler la paix de la famille. Et si les époux sont séparés de corps, cela sera encore bien autre chose! Vous figurez-vous bien le mari séparé de corps, exerçant dans les affaires personnelles de sa femme ce droit d'intervention, alors qu'il n'y a plus même de ménage commun! (Dijon, 15 fév. 1844, Champy, Dev., 1844, II, 552.)

Je reconnais combien ces raisons sont puissantes; et mon avis est aussi qu'il en faut tenir le plus grand compte. Mais il m'est toutefois difficile d'accepter la conclusion absolue, qui refuse toujours au mari le droit de provoquer certaines mesures de garantie et de conservation :

1° Qui pourrait nier d'abord que dans plus d'une occasion, cette faculté ne fût en effet très-utile? J'ai cité plus haut des exemples. Voilà une femme qui va perdre dans le plus téméraire des placements, un capital important; supposez même que déjà l'expérience est faite, et que la diminution notable de sa fortune témoigne de son incapacité, de son penchant surtout vers les placements aventureux et aléatoires. Ne sait-on pas combien de femmes *jouent* sur les fonds publics! La famille est là pourtant avec ses charges! les enfants qu'il faut élever, qu'il faudra bientôt établir! Et le mari ne pourrait pas, ne pourrait jamais, quelles que fussent les circonstances, si imminent que

fût le danger, il ne pourrait jamais demander à la justice des mesures pour garantir les intérêts et l'avenir de la famille tout entière! Croyez-vous qu'une telle solution serait sage?

2° Mais enfin la femme est capable; elle n'est pas soumise, dans ce cas, à la nécessité de l'autorisation! — Sans doute, et je ne prétends pas non plus l'y soumettre. Maintenons, au contraire, la distinction entre les actes pour lesquels l'autorisation est requise, et ceux pour lesquels la loi ne l'exige pas. Pour ceux-ci, que la femme reste capable, en règle générale, et qu'elle puisse les faire sans avoir même à consulter son mari; mais que le mari, de son côté, ait la faculté, même alors, d'intervenir et de signaler le danger. Voilà tout ce que je demande; et en cela, je ne crois pas porter atteinte à la capacité de la femme. Le mari, en effet, demeure toujours essentiellement le chef du mariage, le chef de la famille, le gardien et le protecteur suprême de ses intérêts présents et à venir (art. 215, 1388); et il est impossible qu'on l'oblige, quel que soit le régime matrimonial, à rester le spectateur indifférent et le témoin impassible de la ruine de la fortune de sa femme. Est-ce qu'ils n'ont pas *contracté ensemble* l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants? (Art. 203.) Est-ce qu'ils ne se doivent pas réciproquement des aliments? (Art. 212.) Est-ce qu'enfin le devoir d'établir un jour les enfants, quoiqu'il ne constitue pas aujourd'hui une *obligation civile*, n'est pas une obligation *naturelle*, une obligation sacrée, à l'accomplissement de laquelle le mari doit pouvoir veiller? La femme, sous aucun régime, ni pour aucun de ses actes, n'est donc jamais complétement affranchie de la surveillance du mari; cette surveillance est toujours l'effet nécessaire de la puissance maritale.

3° Cette doctrine peut, il est vrai, présenter des

inconvénients; quelle doctrine en est tout à fait exempte? Mais c'est aux magistrats qu'il appartient de les prévenir; et il ne faut pas d'ailleurs les exagérer. Ainsi, par exemple, en ce qui concerne les tiers, je pense moi-même que les actes passés par eux de bonne foi avec la femme, dans l'ignorance des mesures spéciales que la justice aurait ordonnées, devront être maintenus (arg. des articles 1451, troisième alinéa, et 2009). Ce sera donc au mari à les en informer; et quant à la crainte des tracasseries auxquelles la femme séparée de biens pourrait se trouver en butte de la part du mari lui-même, qui voudrait, à tout propos, se mêler de ses affaires personnelles, c'est là l'objection, certes, la plus sérieuse; mais je le répète, la justice appréciera de manière à concilier les droits de libre administration qui appartient à la femme, avec la surveillance par laquelle aussi le mari à son tour a le droit de pourvoir aux intérêts de la famille.

Cette théorie, en faveur de laquelle on pourrait invoquer, dans l'ancien droit, des autorités imposantes (Pothier, *du Contr. de mar.*, n°s 16, 17; Lebrun, *de la Comm.*, liv. II, chap. I, sect. I, n° 13; ajout. L. 29, Cod. *de Jure dot.*), cette théorie, dis-je, me paraît aussi consacrée par la jurisprudence moderne. C'est ainsi que la Cour d'Angers jugeait le 6 mai 1828, dans la cause de deux époux séparés de corps, que « .... le mari a intérêt à veiller à ce que les capitaux de son épouse ne soient pas dissipés. » (Rousseau, D., 1830, II, 118.) C'est ainsi que les arrêts mêmes de la Cour de Caen cités tout à l'heure par l'opinion contraire, ont toujours réservé ce droit de surveillance du mari, quand les faits en justifient l'exercice :

« Considérant que l'on conçoit qu'à raison du droit de surveillance qui reste toujours au mari sur les

actions de sa femme, tant que le mariage n'est pas dissous, ce même mari puisse être admis à provoqer des mesures de précaution pour prévenir la dissipation des sommes dotales plus ou moins considérables dues à son épouse.... » (9 déc. 1836, Vincent, Dev., 1837, II, 164.)

Et c'est ce qui résulte aussi des autres arrêts, qui ont seulement décidé « que la femme n'est pas *de plein droit, dans tous les cas,* obligée de donner des sûretés pour recevoir les capitaux mobiliers qui doivent lui être remis.... » (Caen, 11 juin 1840, Picot, *Rec.*, t. V, p. 24.) Ou encore « .... que la femme a le droit de recevoir sa dot mobilière, sans être obligée de donner caution ou remploi, *surtout lorsque rien ne peut justifier les soutiens du mari relativement à l'administration de sa femme....* » (Caen, 13 août 1842, Parey, *Rec. de Caen*, t. VI, p. 632.)

Ces décisions ont été rendues, il est vrai, dans des cas où les époux étaient mariés sous le régime dotal; et l'on pourrait objecter que ce qui est vrai pour la dot inaliénable, pourrait bien ne pas l'être pour la dot aliénable. Devilleneuve remarque, en effet, que « cette question se rattache à celle de savoir si la dot mobilière est ou non aliénable. » (1837, I, 164, note 1.) Je ne le crois pas pourtant ainsi; sans doute, l'inaliénabilité du bien de la femme fournit un moyen de plus, un moyen très-puissant, j'en conviens, à la doctrine que j'essaye de défendre; car cette inaliénabilité, quoique principalement introduite peut-être dans l'intérêt de la femme, n'en a pas moins pour résultat d'affecter le bien d'une manière plus essentielle aux besoins du ménage et à l'avenir de la famille; et, sous ce rapport, le droit de surveillance du mari n'en est alors que plus certain (*voy.* aussi art. 84-6° du Code de procédure et 7 du Code de commerce). Mais je pense

que ces principes sont applicables même alors que les biens de la femme sont aliénables, et je ne concède pas que ces deux questions se confondent. En effet, j'ai fondé ce droit de surveillance du mari sur les articles 203, 213, 1388, c'est-à-dire sur cette autorité qui le constitue le chef de la famille et le gardien suprême de tous ses droits ; or, cette autorité existe sous tous les régimes matrimoniaux ; ces articles-là sont, si j'osais dire ainsi, la *charte constitutionnelle* de la famille ! (Massol, *de la Séparation de corps*, p. 224, n° 18, et p. 279, n° 42.)

B. *Des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits.*

174. — La nécessité de l'autorisation s'applique-t-elle aux obligations résultant des quasi-contrats, des délits, des quasi-délits, ou de la loi elle-même ?

On pourrait soutenir et on a effectivement soutenu que le principe de l'autorisation ne concerne que les obligations conventionnelles :

1° Les textes supposent partout, ou plutôt même déclarent que l'incapacité prononcée contre la femme d'acquérir, d'aliéner ou de s'obliger sans autorisation n'est relative qu'aux *contrats* : l'article 217, qui parle du concours du mari *dans l'acte* ; — l'article 219, qui emploie aussi ces mots : *passer un acte* ; — les articles 221, 222, 224, où le mot *contracter* est lui-même écrit ; — l'article 1124 enfin, qui déclare uniquement la femme *incapable de contracter*.

2° Les principes d'ailleurs sont conformes à cette distinction. Le Code Napoléon reconnaît deux grandes classes d'engagements : les uns, qui se forment par convention, par contrat ; les autres, qui se forment sans convention (liv. III, tit. III, IV). Les premiers n'étant que le résultat de la volonté commune des par-

ties (art. 1101), la loi a pu les soumettre à des conditions de capacité juridique, indépendantes de la capacité naturelle; celui qui contracte avec une personne peut et doit s'assurer de sa capacité légale; et c'est à ses risques et périls qu'il traite avec elle. Bien différents sont les engagements qui se forment sans convention. D'où dérivent-ils?... du consentement des parties? de leur consentement tacite et supposé? Non! leur volonté n'est pas nécessaire. C'est de la loi qu'ils dérivent, plus ou moins directement sans doute, plus ou moins immédiatement, mais de la loi toujours, qui, par des considérations d'intérêt général et d'équité, a déclaré ou même a créé ces sortes d'engagements. Or, si telle est leur cause: l'ordre public, l'équité! si telle est leur origine: la loi elle-même et toute seule! si ces engagements enfin ne dépendent pas de la volonté des parties, comment pourraient-ils dépendre de leur capacité? Est-ce que la loi ne serait pas en contradiction avec elle-même, si elle exigeait l'autorisation du mari ou du juge pour des engagements qu'elle crée de sa propre autorité, directement, immédiatement!

3° La raison enfin exige aussi cette différence. Que les personnes capables de s'engager ne puissent pas opposer l'incapacité de la femme mariée *avec qui elles ont contracté* (art. 1125), cela est juste; elles l'ont bien voulu! mais il serait d'une injustice manifeste que la personne, qui acquiert sans son fait une créance contre une femme mariée, fût victime d'une prétendue incapacité dont elle n'a pas pu se garantir.

Tout concourt donc à démontrer que la nécessité de l'autorisation doit être restreinte aux contrats. — La femme ne peut *acquérir* sans autorisation;... oui, acquérir par vente, par échange, par transaction, etc.; mais croyez-vous qu'elle ne puisse pas acquérir par accession ou incorporation, et par prescription?

(Art. 712.) — La femme ne peut pas aliéner ni s'obliger;... oui, encore par achat, par vente, par emprunt, etc.; mais croyez-vous qu'elle ne puisse pas s'obliger par ses délits, par ses quasi-délits? cela serait révoltant; aussi personne ne le conteste (art. 1310, 1424). Or, s'il en est ainsi des quasi-délits, pourquoi en serait-il autrement des quasi-contrats? et si une femme mariée s'est avisée de gérer mes affaires à mon insu, et de les gérer au plus mal, pourquoi ne serait-elle pas obligée envers moi à la réparation du tort qu'elle m'a causé? L'article 1990, qui refuse au *mandant* l'action contre la femme qui *a accepté* le mandat qu'il lui a conféré, cet article prouve implicitement qu'il n'en est pas ainsi de la gestion d'affaires, dans laquelle le maître et le gérant ne se sont pas même trouvés en rapport l'un avec l'autre (Domat, *Lois civ.*, liv. II, tit. IV, sect. I, n° 10; Toullier, t. II, n° 627, et t. XI, n° 39; Valette sur Proudhon, t. I, p. 463).

175. — Cette argumentation est très-forte; mais elle me paraît toutefois trop absolue.

Je considère aussi que l'autorisation n'est pas nécessaire pour que la femme soit obligée :

1° Lorsque l'engagement résulte de l'autorité seule de la loi (art. 1370);

2° Lorsqu'il résulte du fait personnel d'un tiers;

3° Lorsqu'il résulte d'un fait personnel de la femme constituant un délit ou un quasi-délit.

Je vais m'expliquer.

176. — A. J'ai déjà remarqué (*supra*, n° 166) que la loi, lorsqu'elle impose elle-même directement une obligation à la femme, ou lorsqu'elle lui accorde un droit, doit être nécessairement présumée la rendre capable à cet effet. Qui veut la fin veut les moyens. Je ne croirais donc pas que l'autorisation lui fût nécessaire pour s'obliger par la gestion d'une tutelle,

dans les cas où cette charge publique peut lui échoir (art. 390, 395, 396, 442, n° 3; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 126; Massé et Vergé, t. I, p. 233; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 372; *e contra* Duranton, t. II, n° 500).

177. — B. Un tiers a géré les affaires de la femme; peut-elle être obligée?

Sans aucun doute.

Mais comment?

Suivant MM. Delvincourt (t. I, p. 75, n° 12) et Duranton (t. II, n° 497) « le gérant n'aura d'action contre elle que jusqu'à concurrence de ce dont elle aura profité de sa gestion. » Ce dernier auteur ajoute : « tel est d'ailleurs le droit commun en matière de gestion d'affaires. »

Si on veut dire ainsi que la femme sera tenue envers le gérant suivant le droit commun, je n'ai rien à objecter; car tel est également mon avis. Mais s'il résultait du passage précité que la femme, en aucun cas, ne pourrait être obligée que jusqu'à concurrence du profit actuel et toujours existant que la gestion lui aurait procuré, je ne saurais adhérer à cette différence : autre chose est l'action de *in rem verso*, uniquement fondée sur la règle que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, et dès lors exclusivement limitée à la mesure du profit, dont la femme s'enrichirait effectivement aux dépens d'un tiers (art. 1238, 1241, 1312; Cass., 14 février 1826, Caubotte, Sirey, 1826, I, 332); autre chose l'action *negotiorum gestorum*, fondée sans doute également sur cette règle, mais qui a aussi pour cause un service rendu, et pour laquelle il suffit que ce service ait été originairement bien rendu et profitable, lors même qu'en dernière analyse il n'aurait pas profité, comme si, par exemple, la chose réparée par le gérant avait ensuite péri. Eh bien ! je dis que, même

dans ce dernier cas, la femme serait obligée, ou plutôt continuerait de l'être; l'obligation était née au moment même de cet acte de gestion bonne et utile; or, si l'obligation personnelle était née, elle ne peut plus s'éteindre qu'au moyen des modes déterminés par la loi; et la perte de l'objet, qui a été réparé par le gérant, n'est pas au nombre de ces modes (art. 1375). Cela serait vrai du mineur aussi bien que de la femme (Pothier, *de la Puissance du mari*, n° 50, et du *Quasi-cont.* Negot. gest., n° 224; Zachariæ, t. III, p. 327).

178. — C. Enfin, il est encore incontestable que le fait, même personnel de la femme, produit de sa part un engagement, s'il constitue un délit ou un quasi-délit (art. 1310, 1382, 1383, 1424; Pothier, n° 52, Delvincourt, Duranton, Toullier, Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra;* Massé et Vergé, *loc. supra;* Demante, t. I, n° 300 *bis*, V).

179. — Mais je ne crois pas pourtant qu'on puisse restreindre exclusivement aux contrats l'incapacité de la femme mariée; et il me paraît au contraire que cette incapacité comprend toute aliénation, toute obligation *résultant de son fait personnel.*

Vous vous récriez : le texte ne fait pas toutes ces distinctions! De deux choses l'une : ou l'article 217 ne prononce que l'incapacité de contracter; et alors, il ne soumet pas plus à la nécessité de l'autorisation les quasi-contrats que les délits ou les quasi-délits; et parmi les quasi-contrats, pas plus ceux qui résultent du fait d'un tiers que ceux qui résultent du fait personnel de la femme; — Ou il prononce une incapacité complète et absolue d'aliéner et de s'obliger; et alors, comment pouvez-vous excepter même les obligations résultant des délits, des quasi-délits et des quasi-contrats? Tout cela est donc arbitraire!

Je ne le pense pas : 1° Remarquez que telle était déjà

l'étendue et la limite de cette incapacité dans l'ancien droit, qui « la restreignait effectivement *aux obligations qui naîtraient de quelque fait de la femme....* » (Pothier, n° 50). Ce qu'on voulait, et ce qu'on veut encore, c'est que la femme ne puisse pas, par sa volonté, par son intention, par son fait personnel enfin, aliéner ou s'obliger sans autorisation; c'est sa volonté qu'on fait dépendante! tel est le but essentiel du principe de l'autorisation. 2° Est-ce que le Code Napoléon ne consacre pas textuellement ces principes, lorsqu'il déclare la femme incapable d'accepter ou de répudier une succession (art. 776) ou d'accepter l'exécution testamentaire? (Art. 1029.) 3° La distinction d'ailleurs entre les délits ou les quasi-délits d'une part, et les quasi-contrats d'autre part, trouve encore un fondement dans l'article 1310, qui déclare les mineurs obligés par l'effet des premiers, sans s'expliquer de même sur les autres.

De là, il faut conclure qu'en effet la femme ne peut, sans autorisation, faire aucune acquisition, aucun abandon, ni accepter des legs, ni enfin généralement acquérir, aliéner ou s'obliger par un acte volontaire et intentionnel de sa part, lors même que cet acte ne constituerait pas un contrat.

180. — Si donc la femme reconnaît, sans autorisation, en faveur d'un tiers, qu'elle est tenue, par un fidéicommis tacite, de remettre un legs à ce tiers, cette reconnaissance et cet abandon ne seront pas valables. (Cass., 7 déc. 1836, de Lioux, *Bull. civ. des arr. de cassation*, 1836, n° 122).

181. — Mais la femme a géré l'affaire d'autrui ou des affaires communes entre elle et un tiers?

Eh bien! même alors, dans cette hypothèse la plus favorable de toutes à l'opinion contraire, je maintiendrai ma doctrine, et je dirai qu'elle n'a pas pu s'obliger sans autorisation!

D'abord, qu'elle ne l'ait pas pu à l'égard des tiers avec lesquels elle aurait contracté dans l'intérêt de la gestion par elle entreprise, ce n'est là que l'application la plus nécessaire des articles 217 et 1124.

Mais je crois même qu'elle ne serait pas non plus obligée envers le maître de l'affaire, en tant qu'on ne pourrait pas considérer ses actes comme une sorte de quasi-délit dont elle devrait alors la réparation. On voit qu'il n'y a pas lieu de s'inquiéter si fort, dans l'intérêt du maître, des suites de notre doctrine ; car, en fait, il est à peu près certain que la femme, non autorisée, ne trouvera pas de tiers qui veuillent contracter avec elle pour une gestion d'affaires qu'elle entreprendrait ; et si les tiers s'en mêlaient, ils deviendraient eux-mêmes responsables (art. 1382.) Toute la question se réduit donc aux actes personnels de la femme; et s'ils sont vraiment dommageables, eh bien ! nous pourrons dire qu'ils constituent un quasi-délit. (Comp. Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 234 ; Aubry et Rau, t. IV, p. 126, 127; Demante, t. I, n° 300 *bis*, V.)

182. — Il y a toutefois un quasi-contrat qui me paraît embarrassant, c'est *le payement de l'indu;* il m'embarrasse, parce que précisément il résulte tout à la fois du fait d'un tiers et du fait personnel de la femme.

Si c'est la femme qui a fait un payement qu'elle avait la capacité de faire, je le tiens pour bien fait; et je pense que c'est à elle de prouver, suivant le droit commun, que la dette n'existait pas, et que le payement a été sans cause (art. 1235).

Mais c'est la femme qui a reçu; et le tiers, qui a payé, démontre que la dette n'existait pas. La femme est-elle obligée de restituer les 100 000 fr. par exemple qui lui ont été payés? sans doute ; et il n'y aura pas même de question, si vous n'entendez l'obliger à

la restitution que jusqu'à concurrence de la somme que le demandeur prouverait avoir tournée à son profit (art. 1241, 1312). Mais ne faut-il pas aller plus loin, et déclarer la femme obligée à la restitution de la somme entière par elle reçue, sans imposer au demandeur l'obligation de prouver qu'elle a profité de cette somme, dont l'indue réception l'a constituée personnellement débitrice? MM. Delvincourt (t. I, p. 75, note 12) et Duranton (t. II, n° 499) répondent que « si la femme a reçu le payement avant son mariage, elle a été obligée à le restituer, et que cette obligation s'est continuée; et que si elle l'a reçu pendant le mariage, elle a dû être autorisée à le recevoir, et que par conséquent elle n'est point tenue à la restitution, à moins qu'elle n'en ait profité. » La solution sur le premier cas est incontestable; il est évident que la nécessité de l'autorisation ne s'applique pas aux engagements contractés par la femme avant le mariage (*supra*, n° 118). Mais il me semble que la solution des deux savants auteurs sur le second cas, laisse quelque chose à désirer.

Il n'y a pas encore de question, à la vérité, si la femme a été incapable de recevoir le payement, puisqu'en supposant même que la dette existât, ce payement n'eût pas été valable! (Art. 1241, 1312.) *A fortiori*, la femme n'est-elle pas engagée dans ce cas par le payement à elle fait d'une valeur indue!

Mais la femme peut avoir eu capacité de recevoir le payement sans autorisation; telle est la femme séparée de biens (*supra*, n°s 153, 154); et on voit que dans cette hypothèse, l'argument précité manque par sa base même. Que décider alors? la femme sera-t-elle obligée à la restitution de toute la somme par elle reçue?

On pourrait le soutenir : une personne capable de faire un certain acte, est par cela même capable de

consentir à toutes les suites de ce même acte; la logique et l'équité le veulent ainsi; or, la femme était, nous le supposons, capable de recevoir le payement de ses capitaux, et celui qui croyait être son débiteur, a pu et même dû se libérer entre ses mains; donc, la femme qui était capable de recevoir ce qui lui était dû, était capable de s'obliger à rendre, si la dette n'existait pas; de s'obliger! disons mieux d'être obligée par le fait même, à cette restitution.

Cette argumentation me paraît vive, et pourtant je n'irais pas jusque-là; j'admets que la personne capable de recevoir un payement, est capable pour les suites et les conséquences de ce payement, mais seulement toutefois pour les conséquences directes, pour les suites immédiates qui résultent de ce payement, considéré comme tel et demeurant toujours tel. Ainsi, la femme peut donner quittance, consentir la mainlevée des inscriptions hypothécaires (Turin, 19 janv. 1810, Taricchi Stroppo, Sirey, 1811, II, 79), etc. Mais je ne crois pas que la capacité de recevoir un payement, conférée par exception à un incapable comme moyen d'administration de son patrimoine, je ne crois pas que cette capacité l'habilite par cela même à toutes les conséquences possibles, à ces conséquences accidentelles et occasionnelles, qui finalement dénaturent l'acte lui-même et changent le payement en une espèce de prêt! (Pothier, du *Quasi-contr. appelé* Promutuum, sect. I, art. 1.) Est-ce que la femme pourrait, à l'occasion d'un payement qu'elle recevrait, contracter par exemple l'obligation conditionnelle de rendre, de rapporter la somme par elle touchée? j'aurais peine à le croire; car elle ne peut pas contracter d'obligation personnelle (*supra*, n° 163); or, que serait autre chose l'obligation de restitution qu'on voudrait ici lui imposer? Ajoutez enfin que si la femme avait qualité pour re-

cevoir, le tiers doit néanmoins s'imputer de n'avoir pas examiné de plus près si la dette existait effectivement.

C. — *De certains actes d'un ordre particulier, tels que le testament, la reconnaissance d'un enfant naturel, etc.*

183. — Enfin, il est un certain ordre d'actes pour lesquels la femme n'a besoin d'aucune autorisation.

C'est ainsi que la femme peut tester sans l'autorisation de son mari (art. 226, 904, IIe part.) : soit parce que le testament doit être exclusivement l'œuvre de la volonté personnelle du testateur, *neque ex alieno arbitrio pendere* (L. 32, pr. ff. *de Hœred. inst.*) ; soit surtout parce qu'il est toujours révocable et ne peut avoir d'effet qu'après la mort de la femme (art. 895), c'est-à-dire à une époque où il n'y a plus ni mariage ni puissance maritale.

Quelques coutumes pourtant exigeaient autrefois que la femme fût autorisée même pour faire un testament (Pothier, nos 43, 44). Mais c'était là une exagération outrée du principe.... *Cela est bien rude!* disait Guy-Coquille, sur la coutume du Nivernais (art. 1er, *Droits des gens mariés*).

184. — Les motifs qui précèdent, et les textes mêmes prouvent assez qu'il en serait autrement de toute disposition qui produirait un engagement actuel, lors même que l'exécution en serait différée et subordonnée au décès du disposant (art. 1082-1089 ; Pothier, n° 48).

185. — *A fortiori*, la femme peut-elle révoquer son testament, comme elle peut, sans autorisation, révoquer les donations entre-vifs faites par elle à son mari pendant le mariage (art. 1096).

186. — Comme elle peut aussi révoquer un mandat (Caen, 15 juillet 1824, Kensebrocq, Sirey, 1825, II, 177), et faire tout acte de ce genre, qui ne renfermerait ni aliénation, ni acquisition, ni dette à sa charge, ni créance à son profit.

187. — C'est ainsi encore qu'elle peut seule reconnaître un enfant naturel qu'elle aurait eu avant son mariage. Aux motifs et aux autorités que j'ai déjà indiqués (t. III, n° 127, p. 185, 186), j'ajouterai l'article 337, qui suppose évidemment le droit égal pour chacun des époux de faire une telle reconnaissance; c'est là en effet un devoir de la mère envers son enfant, devoir dont l'accomplissement intéresse aussi la société elle-même; c'eût été le rendre impossible que de le subordonner à l'autorisation du mari; et quant à l'autorisation de justice, on a cru sans doute qu'elle n'était pas nécessaire pour une telle déclaration, qui doit être toute personnelle (Proudhon, t. II, p. 146, 147 et 181).

N° 3. — *Par qui? de quelle manière? et à quel moment de l'autorisation doit-elle être accordée?*

SOMMAIRE.

188. — L'autorisation peut être accordée par le mari ou par la justice.

189. — Régulièrement tout mari peut autoriser sa femme; l'autorisation de justice est l'exception.

I. — De l'autorisation du mari.

190. — Autrefois on distinguait entre l'autorisation pour ester en jugement et l'autorisation pour contracter. — Il n'en est plus ainsi; et l'autorisation n'est, en aucun cas, soumise à des termes sacramentels.

191. — Suite.

192. — L'autorisation peut être expresse ou tacite.

193. — L'autorisation expresse pourrait-elle être verbale?

194. — Peut-elle être donnée par acte sous seing privé? — *Quid*, si l'acte pour lequel la femme serait ainsi autorisée, devait être fait en la forme authentique?

195. — Il n'est pas nécessaire que l'autorisation soit énoncée dans l'acte passé par la femme.

196. — L'autorisation tacite résulte du concours du mari dans l'acte. — Règle. — Exemples.

197. — L'autorisation tacite pourrait-elle résulter d'autres faits et circonstances que du concours du mari dans l'acte?

198. — Suite. — De l'autorisation nécessaire à la femme pour être marchande publique.

199. — Dans quels cas la femme elle-même est-elle considérée comme telle?

200. — Suite.

201. — Suite.

202. — Suite.

203. — L'autorisation doit être spéciale.

204. — Dans quels cas ce principe est-il applicable? — *Quid*, si le mari a donné à sa femme l'autorisation générale d'aliéner ou d'hypothéquer les biens de la communauté ou ses biens personnels, à lui mari?

205. — Suite.

206. — Suite.

207. — En quoi consiste la spécialité de l'autorisation? — Dans quels cas une autorisation doit-elle être annulée comme étant générale?

207 *bis*. — Suite.

208. — Suite.

209. — Le mari pourrait-il donner à un tiers le mandat vague et général d'autoriser sa femme à aliéner.... à emprunter.... etc.?

210. — *Quid*, au contraire, si c'est la femme elle-même qui a donné à son mari un mandat général d'emprunter, d'aliéner, etc., en son nom?

211. — A quel moment l'autorisation du mari peut-elle être accordée? — avant l'acte? — pendant? — ou après?

II. — De l'autorisation de justice.

212. — Dans quels cas y a-t-il lieu à l'autorisation de justice? — Règle générale.

213. — Suite.

214. — 1° Du cas où le mari est absent, ou même seulement éloigné.

215. — 2° Du cas où le mari est frappé d'une condamnation emportant peine afflictive ou infamante.

216. — *Quid*, de la dégradation civique?

217. — *Quid*, du bannissement?

218. — *Quid*, en cas de condamnation par contumace?

219. — *Quid*, en cas de condamnation à une peine perpétuelle?

220. — 3° Du cas où le mari est mineur.
221. — Suite.
222. — 4° Du cas où le mari est interdit.
223. — *Quid*, si le mari non interdit se trouvait dans l'impossibilité de manifester sa volonté?
224. — *Quid*, si le mari est sourd-muet?
225. — *Quid*, s'il est placé dans un établissement d'aliénés?
226. — *Quid*, s'il est pourvu d'un conseil judiciaire, soit pour cause de faiblesse d'esprit, soit pour cause de prodigalité?
227. — *Quid*, si c'est la femme qui est tutrice de son mari interdit?
228. — Du cas où la femme elle-même est interdite. — *Quid*, si son tuteur est un autre que le mari?
229. — Du cas où la femme est mineure.
230. — Du cas où le mari a fait cession de biens ou se trouve en état de faillite.
231. — L'autorisation de justice est-elle requise, soit lorsque la femme s'oblige envers un tiers dans l'intérêt de son mari, soit lorsqu'elle contracte directement avec lui?
232. — *Première hypothèse :* La femme peut-elle s'obliger envers un tiers, dans l'intérêt de son mari, et avec la seule autorisation de celui-ci?
233. — Suite.
234. — *Deuxième hypothèse :* La femme peut-elle contracter directement avec son mari sous la seule autorisation de celui-ci? Plusieurs opinions peuvent être proposées :
235. — *Première opinion :* La femme peut contracter avec son mari; — mais il faut alors qu'elle soit autorisée par la justice.
236. — *Deuxième opinion :* Si les époux peuvent contracter ensemble, l'autorisation de justice n'est pas nécessaire à la femme.
237. — Des contrats entre époux en droit romain et dans notre ancien droit français.
238. — Des contrats entre époux sous le Code Napoléon.
239. — Suite.
240. — Suite.
241. — Suite.
242. — Suite.
243. — Suite.
244. — Suite.
245. — Suite.
246. — En règle générale, la justice peut toujours autoriser la femme soit à ester en jugement, soit à s'obliger.
247. — *Quid*, ce qui concerne — A. l'exécution testamentaire; — B. le compromis.
248. — La justice peut-elle autoriser la femme à faire le commerce? — Faut-il distinguer si le mari refuse son consentement ou s'il est seulement incapable de le donner? — si les époux sont ou

ne sont pas communs en biens? — s'ils ne sont pas séparés de corps?

248 *bis*. — La justice peut-elle autoriser la femme, en cas de refus du mari, à publier des œuvres littéraires, ou à faire représenter des œuvres dramatiques?

249. — Le mari peut-il seul autoriser sa femme mineure à faire le commerce?

250. — Le mode de procéder pour obtenir l'autorisation de justice est-il le même, soit que la femme veuille ester en jugement, soit qu'elle veuille contracter?

251. — Faut-il distinguer si l'autorisation est demandée par la femme elle-même, ou par un tiers?

252. — Du cas où l'autorisation est demandée par la femme elle-même. — Forme de procéder.

253. — *Quid*, si le mari est absent ou incapable?

254. — A quel tribunal la femme doit-elle demander l'autorisation?

254 *bis*. — Suite.

255. — C'est dans la chambre du conseil que le mari et la femme comparaissent. — Peuvent-ils se faire assister d'un avoué ou d'un avocat?

256. — Est-ce à l'audience publique qu'il faut entendre les plaidoiries des avocats, le rapport du juge commis, les conclusions du ministère public? Le jugement du moins ne doit-il pas y être prononcé?

257. — Le tribunal peut accorder ou refuser l'autorisation demandée par la femme. — *Quid*, si la femme était défenderesse? — Renvoi.

258. — Le tribunal pourrait-il, en accordant l'autorisation, la subordonner à certaines conditions?

259. — Qui doit supporter les dépens?

260. — Le jugement est susceptible d'appel.

261. — Quel est le mode de procéder en appel?

262. — C'est à la Cour impériale que l'autorisation doit être demandée, lorsqu'il s'agit pour la femme d'ester en cause d'appel.

263. — *Quid*, si la femme veut se pourvoir en cassation?

264. — Le mode de procéder, qui vient d'être expliqué, doit-il être suivi, lorsque c'est contre son mari lui-même que la femme veut former une demande?

265. — Du cas où la femme est défenderesse, et ne demande point elle-même l'autorisation d'ester en jugement.

266. — Quel est alors le mode de procéder?

267. — Suite.

268. — Suite.

269. — Les juges pourraient-ils refuser à la femme défenderesse l'autorisation de plaider?

270. — Le mari qui fait défaut doit-il être alors condamné aux dépens?

271. — L'autorisation de justice doit être spéciale.
272. — Doit-elle être aussi, comme l'autorisation maritale, antérieure ou concomitante à l'acte même auquel elle s'applique?
273. — Suite.

188. — L'autorisation peut être accordée, soit par le mari, soit par *le juge* (art. 218), ou pour parler plus nettement, par *le tribunal* du domicile du mari (art. 219).

189. — Régulièrement tout mari peut autoriser sa femme soit à ester en jugement, soit à contracter; tel est le principe (art. 215-217). Nous examinerons bientôt dans quels cas l'autorisation de justice est requise; ces cas sont assez nombreux sans doute; mais l'autorisation maritale n'en est pas moins la règle, et l'autorisation de justice l'exception. Occupons-nous donc d'abord de la première, et voyons comment et à quelle époque elle doit être donnée par le mari, lorsque c'est de lui qu'elle émane.

I. — De l'autorisation du mari.

190. — Autrefois on distinguait entre l'autorisation pour ester en jugement et l'autorisation pour contracter. La forme était pour les deux cas fort différente. Il suffisait que le mari eût consenti, de quelque manière que ce fût, à ce que sa femme procédât en justice. Mais, au contraire, s'agissait-il de contracter? il fallait une autorisation sacramentelle; il fallait non pas seulement la chose, mais le mot lui-même : *sicut sonat,* disait Tiraqueau (*de Legib. connub.*, p. 3, gl. 7); le mot *autoriser*, mot solennel, qu'aucun autre, ni ceux de consentement, ou d'approbation, ne pouvait remplacer, si ce n'est peut-être l'expression *habiliter*, que Pothier considérait comme équivalente (Pothier, *de la Puiss. du mari*, n° 68; *Introduct. au tit.* x *de la*

Cout. d'Orléans, n° 145; *Nouveau Denizart*, v° *Autor.*, § 3, n°s 2-5). En vain donc le mari présent avait signé, et s'était même obligé solidairement avec sa femme! rien n'y faisait, si le grand mot n'avait pas été dit! (Lebrun, *de la Comm.*, liv. II, chap. I, sect. IV, n°s 14, 15). Tel était du moins le plus grand nombre des coutumes.

Notre Code n'a point admis cette différence inexplicable : l'autorisation du mari, pour tous les actes, soit judiciaires, soit extrajudiciaires, n'a rien aujourd'hui de sacramentel; elle n'est jamais exigée *ad formam negotii*, comme une condition extrinsèque de la validité de l'acte passé par la femme. Elle n'est autre chose que la manifestation du consentement, de l'approbation, de l'aveu du mari à l'égard de cet acte; et le Code Napoléon, en effet, se sert toujours indistinctement de ces mots : *consentement* ou *autorisation*, entre lesquels les anciens docteurs faisaient à grand'peine la plus subtile distinction (comp. art. 215, 226, 776, 934, 1426, 1449, 1535, etc., surtout art. 4 et 5 du Code de commerce; Cass., 14 novembre 1820, Mora, Sirey, 1821, I, 312).

191. — Si l'article 215 ne déclare pas que l'autorisation du mari résultera suffisamment de son concours dans l'instance engagée ou soutenue par sa femme, c'est que l'ancien droit était déjà certain à cet égard, et qu'il n'y avait lieu d'y déroger que pour les actes extrajudiciaires. Au reste, le mot *assistance* se trouvait d'abord dans l'article 215 lui-même à la place du mot *autorisation*, qui ne lui a été substitué que parce que le mot *assistance* se trouvait employé déjà, avec une autre acception, dans un article précédent (art. 212; Fenet, t. IX, p. 74).

192. — L'autorisation du mari peut être expresse ou tacite (art. 217; Toullier, t. II, n° 633; Proudhon, t. II, p. 466; Zachariæ, t. III, p. 336).

Elle est expresse, lorsque le mari l'accorde directement et formellement à sa femme.

Elle est tacite, lorsqu'elle résulte implicitement de sa conduite personnelle.

L'article 217 s'explique sur l'une et sur l'autre.

L'autorisation expresse, c'est *le consentement par écrit du mari.*

L'autorisation tacite, c'est *son concours dans l'acte.*

Mais de là deux questions :

1° L'autorisation expresse pourrait-elle être verbale ?

2° L'autorisation tacite pourrait-elle résulter de toute autre circonstance que du concours du mari dans l'acte ?

193. — 1° Sur le premier point, on a enseigné l'affirmative : l'autorisation n'est autre chose que la manifestation du consentement du mari; or, la manifestation du consentement n'est, en général, soumise à aucune forme particulière, si ce n'est dans certains cas d'exception déterminés par la loi; donc, le consentement du mari peut être exprimé de toute manière, suivant le droit commun. On ne saurait prétendre, en effet, que l'article 217 y déroge; le but de cet article n'est pas d'exiger ici l'écriture *ad solemnitatem*, comme pour la donation entre-vifs (art. 894) ou le contrat de mariage (art. 1394), etc. L'autorisation maritale est aujourd'hui si peu exigée *ad formam negotii*, qu'elle peut être tacite; et c'est même pour le décider ainsi que l'article 217 oppose le concours du mari dans l'acte à son consentement par écrit, voulant par là exprimer surtout que l'autorisation tacite aura le même effet que l'autorisation expresse. Ce qui résulte donc seulement de l'article 217, c'est que la preuve testimoniale de l'autorisation ne devrait pas être reçue, lors même qu'il s'agirait d'une valeur inférieure à

150 francs (art. 1341; comp. Paris, 23 fév. 1849, Graves, Dev., 1849, II, 145; Paris, 28 août 1851, Bonzé, Dev., 1851, II, 517; Paris, 9 juin 1857, Jolly, Dev., 1857, II, 755; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p 135, 136; Massé et Vergé, t. I, p. 240; Demante, t. I, n° 300 *bis*, VI).

Cette opinion me paraît contestable, et elle ne serait en tout cas admissible que sous certaines réserves : l'article 217 exige positivement le consentement *par écrit*, et il faut bien que ces mots aient un sens et produisent un effet; aussi reconnaît-on qu'ils s'opposent, dans tous les cas, à la preuve testimoniale; et je le crois, pour mon compte, tout à fait ainsi, à ce point qu'il me paraît même qu'on ne devrait pas l'admettre avec un commencement de preuve par écrit; car cet article 217 est, en ce sujet, spécial et formel.

Mais d'ailleurs l'autorisation verbale sera-t-elle suffisante? et pourrait-on, par exemple, déférer le serment soit au mari, soit à la femme ou à ses héritiers? Ceci, j'en conviens, est plus difficile. Pourquoi, en effet, l'autorisation verbale, si elle était prouvée par l'aveu même des parties, ne serait-elle pas suffisante? On a bien maintenu une transaction non écrite! (Nancy, 29 juillet 1837, Cholley, Dev., 1839, II, 140; Limoges, 6 février 1845, Choury, Dev., 1845, II, 653; comp. aussi Paris, 28 juin 1851, Dufay, Dev., 1851, II, 337.)

Et pourtant les termes de l'article 2044 sont bien plus explicites que ceux de l'article 217! Et pourtant il y a, en ce qui concerne la transaction, des motifs particuliers qui me porteraient moi-même à croire que toute autre preuve qu'un acte écrit serait irrecevable (Caen, 12 avril 1845, Legregeois, D., 1845, II, 108).

Mais, dans notre hypothèse, je n'y vois pas les mêmes objections; rien de plus simple; c'est oui ou

non ! Le mari a-t-il ou n'a-t-il pas autorisé sa femme à passer cet acte ? Il me semblerait donc aussi que le serment pourrait être déféré (art. 1358), mais à la condition pourtant que l'espèce de transaction, qui se forme ainsi, ne serait opposable qu'à la partie elle-même qui y aurait figuré (arg. des articles 1356-1365). Le mari, par exemple, attaquait, pour défaut d'autorisation, un acte passé par sa femme ; on lui défère le serment, et il refuse de jurer qu'il n'a pas donné son autorisation (art. 1361). La femme ou ses héritiers seront-ils privés désormais de leur action en nullité ? Zachariæ, qui ne fait aucune distinction, est en cela très-conséquent avec lui-même, puisqu'il pense que la ratification postérieure du mari enlève à la femme son action (t. III, p. 344). Mais comme je crois, au contraire, que l'action, une fois acquise à la femme, ne peut pas lui être enlevée par le mari, je ne saurais admettre qu'elle en serait privée même par son aveu ou par son refus de serment (*infra*, n° 211 ; comp. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 373).

194. — Au reste, nous pensons tout à fait que l'autorisation du mari peut être donnée par acte sous seing privé et par simple lettre, lors même que l'acte pour lequel la femme serait ainsi autorisée, devrait être fait dans la forme authentique, comme, par exemple, une donation entre-vifs (art. 931). L'article 217 n'exige qu'un écrit, quel qu'il soit d'ailleurs.

Il faudrait donc le décider ainsi, même en admettant l'opinion qui enseigne que le mandat donné à un tiers de faire un acte pour lequel la loi exige la forme authentique, doit être également donné en cette forme (comp. Caen, 22 juin 1824, Lainé, D., 1825, II, 112 ; Cass., 21 mars 1826, Agam, D., 1826, I, 225 ; Cass., 5 juillet 1827, Etchegoyen, D., 1827, I, 295 ; Lyon, 29 décembre 1827, Fabry, D., 1828, II, 105 ; Cass.,

21 juillet 1830, Margueritte, D., 1830, I, 376; Cass., 21 juin 1837, Lajonie, Dev., 1837, I, 846; Cass., 19 avril 1843, Millerand, Dev., 1843, I, 393; et ajout. art. 2 de la loi du 21 juin 1843 sur les actes notariés).

Je suis, pour mon compte, très-porté vers cette opinion, du moins pour la plupart des cas; mais je n'en pense pas moins qu'elle ne saurait être étendue à notre hypothèse : 1° parce qu'en effet l'autorisation a un caractère si peu solennel qu'elle peut même être purement tacite; 2° parce que autre chose est un mandat qui se lie à l'acte même pour lequel il est donné, et dont il est déjà, de la part du mandant, comme un commencement d'exécution; autre chose l'autorisation maritale, qui n'est qu'une condition de capacité personnelle tout à fait extrinsèque et étrangère à la forme des actes pour lesquels elle est accordée (Duranton, t. II, n° 446; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 136; *voy.* toutefois en sens contraire, Cass., 1er déc. 1846, Patouillet, Dev., 1847, I, 289).

195. — Aussi n'est-il pas nécessaire que l'autorisation du mari soit énoncée dans l'acte passé par la femme; nos anciens auteurs décidaient, il est vrai, que le contrat était nul si la femme n'avait pas déclaré le faire avec autorisation, lors même qu'elle eût été autorisée (Pothier, n° 72; Lebrun, *de la Comm.*, liv. II, chap. I, sect. IV, n° 17). Mais c'était là encore une conséquence de cette théorie subtile qui avait *solennisé*, au delà de toute mesure, l'autorisation maritale; et Toullier (t. II, n° 647) est, je crois, le seul qui l'ait encore enseignée depuis le Code Napoléon.

Sans doute, il faudra que l'existence de l'autorisation soit prouvée; et le tiers, sous ce rapport, fera bien de se mettre en règle, et d'en garder la preuve, surtout si l'autorisation a été donnée sous seing privé. Mais il

ne s'ensuit pas que cette preuve ne puisse résulter que de l'acte même que la femme a consenti.

196. — 2° L'article 217 fait résulter l'autorisation tacite du *concours du mari dans l'acte*, et très-justement!

Comment dire alors, en effet, que le mari n'a pas consenti à ce que la femme figurât dans cet acte ou dans ce procès auquel il figure lui-même avec elle? Je dis avec elle, parce qu'il faut, bien entendu, que le concours du mari soit tel qu'il suppose nécessairement de sa part la connaissance, et dès lors l'approbation de l'acte passé par la femme elle-même (comp. Riom, 2 février 1810, Farges, Sirey, 1814, II, 99; Cass., 8 avril 1829, Girard, Sirey, 1829, I, 439).

C'est là d'ailleurs une question de fait; et il appartient, en général, aux magistrats d'apprécier, suivant les circonstances, si le mari a concouru à l'acte de manière à autoriser sa femme (comp. Cass., 1er février 1843, Pontet, Dev., 1843, I, 537; Paris, 11 mai 1846, Moulin, Dev., 1846, II, 299).

On conçoit par exemple que le concours d'un mandataire du mari dans l'acte passé par la femme ne doit pas équivaloir au concours personnel du mari, si en effet le mandat ne comprend pas ce pouvoir (Cass., 19 avril 1843, Millerand, Dev., 1843, I, 393).

Mais si c'est le mari lui-même qui tire sur sa femme une lettre de change, il est clair qu'il l'autorise à l'accepter (comp. Caen, 2 août 1814, Lamotte, Sirey, 1814, II, 399; Grenoble, 15 janv. 1830, Durand, Sirey, 1830, II, 305).

Ou bien il intente une action contre elle! c'est donc qu'il l'autorise à se défendre.

Ou encore, les voilà tous les deux, et le mari et la femme, dans la même instance, procédant ensemble, soit comme demandeurs, soit comme défendeurs; com-

ment n'y pas voir une autorisation pour la femme? (Cass., 22 avril 1828, Lafonta, Sirey, 1828, II, 208, Cass., 3 juin 1835, Leroy, Dev., 1838, I, 880; Pothier, n° 75; *Nouveau Denizart*, v. *Autor.*, § 2, n° 5; Merlin, *Rép.*, v° *Autor. mar.*, sect. VI, § 1.)

Peu importe enfin que l'acte passé par la femme avec le concours du mari, n'intéresse que le mari seulement, ou la femme seulement, ou intéresse au contraire les deux époux; ces distinctions, qui ont été proposées, ne me paraissent ici justifiées ni par le texte, qui se contente dans tous les cas du concours du mari dans l'acte, ni par aucun motif de raison (Douai, 3 mai 1846, Lefebvre, Dev., 1846, II, 512).

197. — Mais, est-ce à dire pourtant que l'autorisation tacite pourrait résulter d'autres faits et circonstances que du concours du mari dans l'acte?

Oui, a-t-on répondu : la forme de l'autorisation, encore une fois, n'a rien de solennel; c'est un consentement comme un autre! et si l'autorisation verbale est suffisante, pourquoi l'autorisation tacite, résultant de la conduite personnelle du mari, ne suffirait-elle pas? si l'article 217 ne parle que du concours du mari dans l'acte, c'est que cette circonstance est la seule qui soit par elle-même nécessairement décisive, et à laquelle il fût possible d'attacher d'avance une présomption légale d'autorisation exclusive de toute preuve contraire; car tel est certainement l'effet du concours du mari dans l'acte. Mais ce n'est pas à dire que si le mari a connu, a toléré, a conseillé même l'acte passé par sa femme, on ne pourra pas déclarer, en fait, qu'il lui a donné son autorisation (Zachariæ, t. III, p. 338). Aussi est-il communément reconnu que la femme qui fait le commerce au vu et au su de son mari, est ainsi suffisamment autorisée (Cass, 14 novembre 1820, Mora, Sirey, 1821, I. 312; Cass.,

27 mars 1832, Clément, D., 1832, I, 168; Toullier, t. XII, n° 241; Delangle, *des Société. commerc.*, t. I, n°s 53-55).

Cette opinion me paraît fort sérieuse; et pourtant j'hésite à la suivre, et je ne puis m'empêcher de croire qu'il serait tout à la fois plus conforme et au texte même, et aux intentions de la loi, de ne reconnaître l'autorisation expresse que dans *un consentement par écrit*, et l'autorisation tacite que *dans le concours du mari dans l'acte*. Voilà le texte en effet; et il a pu vouloir, sans solenniser précisément l'autorisation maritale, la soumettre du moins à un mode de preuve certain et précis, exclusif de tout autre (Cass., 26 juin 1839, Saugnier, Dev., 1839, I, 878; Cass., 19 août 1845, Nouhaud, Dev., 1846, I, 633; Valette sur Proudhon, t. I, p. 460, note *a* 1; Marcadé, t. I, art. 217, n° 4). Je sais qu'il en est autrement de l'autorisation pour faire le commerce, laquelle peut résulter de la tolérance du mari, sans aucun écrit, sans aucun concours de sa part; mais n'est-ce pas précisément une exception qui consacre, pour les autres cas, la règle! Remarquez, en effet, 1° que l'ancien droit lui-même, si sévère à l'endroit de l'autorisation, se contentait aussi dans ce cas, du consentement tacite ou plutôt de la tolérance du mari (Pothier, n° 22); 2° que l'article 5 du Code de commerce, qui déclare que « la « femme ne peut être marchande publique sans le con- « sentement de son mari, » n'exige pas, comme l'article 217 du Code Napoléon, son consentement *par écrit*. Et si vous objectez que le Code de commerce se réfère, pour la forme de ce consentement, au droit commun et au Code Napoléon, je répondrai que cette rédaction a pu être, au contraire, intentionnelle : soit parce qu'elle consacre une différence déjà ancienne; soit parce que cette différence elle-même est fondée sur

des motifs particuliers, sur la plus grande publicité, en général, de la profession de commerçante, qui ne permettra guère les contestations que l'article 217 a voulu prévenir quant au point de savoir si le mari a connu ou ignoré l'acte en question, et sur la bonne foi et la sécurité si nécessaires dans le commerce. On peut trouver encore, malgré ces motifs, que l'article 4 du Code de commerce est une *anomalie* (G. Massé, *le Droit comm.*, t. III, n° 167); mais cette opinion même atteste de plus en plus que la règle générale est contraire.

198. — Nous venons de voir que la femme mariée ne peut pas être marchande publique sans le consentement de son mari, mais que ce consentement peut être tacite et résulter des circonstances. C'est donc là une question de fait, dont les magistrats sont les appréciateurs. Ce qu'on peut dire seulement, en thèse générale, c'est qu'il importe de concilier et de garantir tout à la fois les intérêts du mari et les intérêts des tiers : ceux du mari, en ce sens qu'il ne faut pas qu'il se trouve obligé par des actes commerciaux de sa femme qu'il n'aurait pas connus; ceux des tiers, en ce sens qu'il ne faut pas non plus qu'ils deviennent les victimes et les dupes d'un concert frauduleux entre les époux, et d'*un désaveu tardif* que ferait le mari *pour échapper à des engagements qu'il avait tacitement autorisé sa femme à contracter* (Locré, *Législ. civ.*, t. XVII, p. 133). Le mari a-t-il connu le commerce fait par sa femme? était-il sur les lieux? ou était-il éloigné, et à quelle distance? le commerce de la femme était-il notoire? etc., tout cela sera pesé par les magistrats.

Et comme il s'agit ici d'un point de fait, comme la loi elle-même en ce cas consacre le mode d'autorisation purement tacite, il faut en conclure que les tiers seraient admis à prouver par témoins que le mari a

connu le commerce fait par sa femme. Ces motifs prouvent assez que la preuve testimoniale serait, dis-je, recevable, quelle que fût d'ailleurs l'importance de la somme réclamée.

199. — Mais est-ce à dire que toutes les fois que la femme aura fait des actes de commerce au vu et su du mari, elle devra être considérée comme commerçante?

Le texte fait lui-même la réponse :

«.... Elle n'est pas réputée marchande publique « si elle ne fait que détailler les marchandises du « commerce de son mari, mais seulement quand elle « fait un commerce séparé. » (Art. 220 C. Nap., et 5 C. com.)

C'est qu'en effet, lorsque le mari lui-même est commerçant, lorsque c'est lui qui, personnellement, est à la tête de l'entreprise, la femme ne saurait plus avoir un rôle principal, un rôle distinct de celui du mari, devant lequel, au contraire, elle s'efface et doit disparaître. Ce n'est point elle alors qui est en scène; ce n'est point elle qui fait le commerce. Et si elle aide son mari, si elle se tient dans le comptoir pour vendre la marchandise, si même elle signe des factures ou des billets, elle n'agit en tout cela que comme mandataire de son mari, sans s'obliger, par conséquent, elle-même (art. 1420), pas plus que ne ferait, suivant le mot de Pothier, *une fille de boutique* qui serait, chez un commerçant, dans l'usage de faire ces sortes d'actes au vu et su de son maître.

D'où il suit que la femme ne devrait pas être, dans de telles circonstances, déclarée en faillite avec son mari commerçant (Paris, 7 février 1835, Marthe, Dev., 1835, II, 512).

Et il faut même en conclure que la femme, déjà marchande publique avant son mariage, peut cesser

de l'être par son mariage même, quand le mari se met à la tête du commerce qu'elle faisait d'abord elle-même (Pardessus, t. I, n° 65; *infra*, n° 202).

200. — Il faut donc, pour que la femme soit réputée elle-même et personnellement marchande publique, qu'elle fasse un commerce *séparé*.... Mais que veut dire ce mot? Pas de difficulté si le mari n'est pas du tout commerçant; mais lorsqu'il fait lui-même le commerce, est-il nécessaire non-seulement que le commerce de la femme soit *distinct* de celui du mari, mais encore qu'il soit *autre* que le sien? L'article 235 de la coutume de Paris paraissait bien l'exiger ainsi : « .... Elle est réputée marchande publique quand elle « fait marchandise séparée *et autre que celle de son mari*.» Mais le Code Napoléon (art. 220), pas plus que le Code de commerce (art. 5), n'a conservé cette disposition; ils se bornent à dire que le commerce de la femme doit être *séparé* du commerce du mari; et cette expression toute seule ne paraît devoir être entendue que d'un commerce distinct, que d'une distinction de droits et d'intérêts. C'est en ce sens assurément que l'article 387 du Code Napoléon l'a employé dans une circonstance, sous beaucoup de rapports, semblable à la nôtre; et on ne voit pas de motifs pour ne pas lui donner ici la même acception. Seulement, la femme sera moins facilement présumée commerçante elle-même, lorsque les deux époux feront le même genre de négoce; mais si pourtant il était prouvé que chacun d'eux le fait de son côté et à part, et s'ils étaient séparés de biens, on devrait déclarer aussi la femme elle-même commerçante. Les magistrats apprécieront (Pardessus, t. I, n° 65).

201. — Il n'est pas d'ailleurs nécessaire que la femme tienne boutique ouverte, ni qu'elle ait un comptoir ou une enseigne, etc., pour être commer-

çante. Il suffit, suivant la règle commune, qu'elle exerce des actes de commerce et en fasse sa profession habituelle (art. 1 C. de comm.). Seulement encore, la manière plus ou moins ostensible et extérieure dont elle fera le commerce, pourra être prise en considération dans le cas où, le mari n'ayant pas consenti par écrit, la question s'élèverait de savoir s'il n'a pas, du moins par sa tolérance, accordé une autorisation tacite.

202. — La cour de Metz avait jugé que « lorsque la femme, avant son mariage, était marchande publique, et que, mariée ensuite à un négociant, elle prenait part à son commerce, *elle ne pouvait pas avoir d'autre état que celui de son mari, avec lequel elle avait continué le négoce....* »

C'était là sans doute une très-inexacte application de la maxime que la femme suit la condition de son mari (*supra*, n° 11). La femme, en effet, n'est pas commerçante par cela seul que son mari est commerçant; tout au contraire! cette circonstance même l'empêche presque toujours d'être considérée comme telle, puisqu'il faut, pour être personnellement marchande publique, qu'elle fasse un commerce séparé de celui de son mari. Peu importe donc que la femme, avant son mariage, fît un commerce, et que les deux époux l'aient continué ensemble depuis le mariage.... Les deux époux, dis-je? je me trompe; c'est le mari seul qui l'a continué, dès que la femme n'a pas conservé des intérêts distincts et un négoce séparé. Aussi l'arrêt de la Cour de Metz a-t-il été cassé (1er mai 1820, Bataille, Sirey, 1820, I, 416).

203. — L'autorisation doit être spéciale; c'est là une règle de la plus haute importance, dont il est essentiel de bien déterminer le sens et l'étendue. Voici d'abord les textes mêmes qui la consacrent:

Article 223 : « Toute autorisation générale, même « stipulée par contrat de mariage, n'est valable que « quant à l'administration des biens de la femme. »

Article 1538 : « Dans aucun cas, ni à la faveur d'au- « cune stipulation, la femme ne peut aliéner ses « immeubles sans le consentement spécial de son « mari, ou, à son refus, sans être autorisée par jus- « tice.

« Toute autorisation générale d'aliéner les immeu- « bles donnée à la femme, soit par contrat de mariage « soit depuis, est nulle. »

Ainsi sont résolues les anciennes controverses qui s'agitèrent sur ce point. Le Code Napoléon exige toujours la spécialité de l'autorisation, sans distinguer, comme on l'avait autrefois proposé, entre les autorisations accordées par contrat de mariage, et celles accordées depuis le mariage (Lebrun, *de la Comm.*, livre II, chap. I, sect. VI; Merlin, *Rép.*, t. I, v° *Autor. mar.*, sect. VI, § 2, art. 2).

204. — Mais d'abord, dans quels cas ce principe peut-il recevoir son application ?

Le mari a donné à sa femme l'*autorisation* la plus vaste, la plus *générale* d'emprunter, d'aliéner, d'hypothéquer les biens de la communauté ou ses biens personnels, à lui mari.... Cette *autorisation* est-elle valable ? et les obligations, hypothèques ou aliénations consenties par la femme, en vertu d'une telle autorisation, devraient-elles être maintenues ?

L'affirmative me paraît certaine ; et ma démonstration sera faite quand j'aurai rétabli l'exactitude des mots. Ne dites pas en effet, quand vous proposez une telle hypothèse, que le mari a *autorisé* sa femme ; ce n'est point là une autorisation, ce n'est qu'un mandat ordinaire, et une procuration comme une autre ; or, d'une part, le mari peut donner un mandat à sa

femme, et placer sa confiance en elle; d'autre part, un mandat conçu dans les termes ci-dessus est valable, puisqu'il est *spécial* et *exprès*, dans le sens des articles 1987, 1988; donc, les actes passés par la femme, en vertu de cette procuration, seront valables. — Je dis qu'il n'y a point alors, et qu'il ne saurait même y avoir d'autorisation. Quand est-ce, en effet, que le mari peut autoriser sa femme? c'est lorsque celle-ci agit en son propre nom, traite sur ses biens personnels, et fait en un mot des actes qu'elle a le droit de faire; or, en premier lieu, pour ce qui concerne les biens personnels du mari, la femme ne peut agir en son nom personnel, et n'a aucun droit d'en disposer; donc, elle ne peut agir qu'au nom du mari, et comme son fondé de pouvoir. Et ce que je dis des biens propres du mari, n'est pas moins vrai des biens de la communauté; car, tant que dure la communauté, la femme n'y a encore aucun droit net et arrêté; car le mari ne peut pas résigner ses pouvoirs entre les mains de sa femme, et se dégager ainsi de la responsabilité qui pèse et doit toujours exclusivement peser sur lui (art. 1443; comp. Cass., 19 avril 1843, Millerand, Dev., 1843, I, 393; Caen, 3 mars 1843, Varin; Riom, 5 janv. 1844, Albert, Dev., 1844, II, 385-389). Les articles 223 et 1538 ne sont donc point alors applicables; c'est à l'égard des tiers une question ordinaire de mandat, et entre les époux une question de contrat de mariage (Toullier, t. II, n° 644; Duranton, t. II, n° 448; Zachariæ, t. III, p. 334).

205. — Il faut maintenir cette solution, même à l'égard des biens personnels de la femme, en tant qu'il s'agirait d'actes d'administration, si cette administration appartenait au mari, d'après les conventions matrimoniales. La femme, dans ce cas, n'ayant pas personnellement le droit d'administrer sa propre for-

tune, ne pourrait pas y être *autorisée*, dans le sens technique de ce mot; les époux ne sauraient changer ainsi le contrat de mariage, et attribuer comme un droit propre à la femme, un droit que ce contrat attribue au mari. Ce serait donc toujours le mari qui agirait par l'entremise de sa femme; et la femme dès lors ne serait encore dans ce cas que son mandataire. On pourrait même remarquer que l'article 223 n'est pas d'une exactitude irréprochable, lorsqu'il déclare que l'autorisation générale n'est valable que *quant à l'administration des biens de la femme*. De deux choses l'une, en effet : ou l'autorisation générale d'administrer tout ou partie de ses biens, a été donnée à la femme par contrat de mariage; et alors c'est le régime de séparation de biens totale (art. 1536-1575), ou partielle (art. 1534-1549); auquel cas, à vrai dire, la femme n'a pas besoin du tout d'autorisation, pas plus que lorsqu'elle administre ses biens, à la suite d'une séparation judiciaire (art. 1449, *supra*, nos 153, 154); — ou au contraire, l'autorisation générale d'administrer a été donnée depuis le mariage par le mari à la femme, pour des biens dont le contrat de mariage attribue l'administration au mari; et alors, je le répète, ce n'est point une autorisation, mais plutôt un mandat.

206. — Quand est-ce donc seulement que nos articles 223 et 1538 seront applicables?

C'est lorsqu'il s'agira d'aliénations ou d'engagements, ou de tout autre acte enfin qu'un acte d'administration, relatif aux biens personnels de la femme. C'est alors vraiment qu'il y aura lieu à *autorisation*, et que l'autorisation devra être spéciale.

207. — Mais en quoi consiste cette condition?

Suffit-il, pour que l'autorisation ne soit pas générale, qu'elle ne s'applique pas à tous les immeubles de la femme, et qu'elle indique une certaine classe d'ac-

tes, un certain mode de disposition ou d'obligation, pour lequel elle serait accordée?

Ne faut-il pas au contraire qu'elle soit donnée en vue d'un acte déterminé, en vue d'une opération précise et spécifiée?

Un mari a autorisé sa femme à aliéner l'immeuble, ou même les immeubles qu'elle possède à Paris; ces immeubles sont bien désignés, bien déterminés; la femme en a d'autres encore, auxquels l'autorisation ne s'applique pas. Mais d'ailleurs, l'autorisation d'aliéner les immeubles désignés est concédée de la manière la plus large, soit quant à sa durée, soit quant aux autres conditions et circonstances. Supposez-la ainsi conçue: « .... La femme pourra en conséquence aliéner lesdits immeubles, si bon lui semble, quand et comme elle le jugera à propos.... »

Cette autorisation est-elle valable, soit qu'elle se trouve dans un contrat de mariage, soit qu'elle n'ait été accordée que depuis le mariage?

Pour l'affirmative, on pourrait invoquer les textes mêmes de la loi, ses motifs, et enfin l'intérêt de la famille et des époux :

1° Les textes nous apprennent l'acception des mots *spécial* et *général*. Voyez l'article 1538! il n'annule que l'autorisation donnée à la femme d'aliéner *ses immeubles*, c'est-à-dire tous ses immeubles indistinctement; mais non pas l'autorisation précise, limitée, *spéciale*, d'aliéner seulement un ou plusieurs de ses immeubles. Voyez les articles 1987 et 1988! l'acception, qu'ils attribuent à ces deux mots, ne permet pas certes de considérer comme *générale* l'autorisation qui ne s'applique qu'à certains biens, ou à *certaines affaires seulement*.

2° Quel est d'ailleurs le motif essentiel de la loi en cette circonstance? C'est de proscrire les autorisations

illimitées, qui tendent « à rendre la femme indépendante du mari, et à la soustraire entièrement à sa puissance. » (Pothier, *de la Communauté*, n° 5.) Les articles 223 et 1538 ne sont, sous ce rapport, qu'une conséquence des articles 6 et 1388; or, tel n'est pas le résultat d'une autorisation qui ne s'applique qu'à certains biens seulement et à certaines affaires judiciaires ou extrajudiciaires. Un mari qui autoriserait sa femme à *aliéner* et à *plaider*, — à aliéner.... tout ce qu'elle voudrait! — à plaider.... quand et comme elle voudrait! ce mari-là sans doute abdiquerait véritablement sa puissance.... Voilà l'autorisation générale! Mais la femme ne devient pas indépendante, parce que le mari l'a autorisée spécialement à aliéner certains biens ou à soutenir certains procès.

3° La raison enfin, et l'intérêt des époux n'exigent-ils pas qu'il en soit ainsi? Le mari va partir pour un long voyage; il prévoit que sa femme sera peut-être forcée d'aliéner tels ou tels immeubles, ou de soutenir tels procès; n'est-il pas très-désirable qu'il puisse l'autoriser? Et même, par contrat de mariage, on comprend bien l'utilité d'une telle autorisation. C'est une femme mineure qui a consenti une vente ou un cautionnement; elle se marie, encore en minorité; pourquoi ne pourrait-elle pas se faire autoriser à ratifier cette vente, à acquitter, s'il le faut, cette obligation, lorsqu'elle sera majeure? Pourquoi la femme, dans tous les cas, ne pourrait-elle pas, si, par exemple, toute sa fortune est immobilière, se faire autoriser à aliéner tel ou tel immeuble, qui serait ainsi un modique pécule dans ses mains, comme par l'effet d'une sorte d'*ameublissement*? La femme séparée peut bien aliéner tout son mobilier, qui peut être très-considérable! et la loi pourtant ne s'en inquiète pas pour l'autorité maritale! or, serait-il logique, après cela, d'annuler l'autorisation, qui lui

permet seulement d'aliéner un ou plusieurs immeubles? A la vérité, l'autorisation accordée par contrat de mariage est irrévocable (art. 1394, 1395 et 1856 *in fine*); tandis que celle accordée depuis le mariage, pourrait être révoquée (*infra*, n° 322). Mais la loi ne fait aucune différence entre l'une et l'autre; et il résulte bien des articles 223 et 1538, 1° que la même autorisation qui serait nulle dans le contrat de mariage, pour défaut de spécialité, serait également nulle depuis; 2° réciproquement, que la même autorisation qui serait valable depuis le mariage, comme suffisamment spéciale, serait aussi valable dans le contrat de mariage lui-même. Il n'y a pas deux espèces *de spécialité*, ni de *généralité*, en fait d'autorisation (Poitiers, 25 février 1823, Rivet; Paris, 16 janv. 1838, Dubois, Dev., 1840, I, 201). Tel est aussi le sentiment de M. Duranton, qui regarde comme valable l'autorisation qui serait donnée par le mari à sa femme d'aliéner *les immeubles situés dans telle localité, dans tel département, ou dans les colonies*. Un legs ainsi fait ne serait certainement qu'un legs *à titre particulier* (comp. art. 1003 et 1010). Comment l'autorisation maritale, dans les mêmes termes, ne serait-elle pas regardée comme *spéciale!* (T. II, n° 449; comp. aussi Zachariæ, Aubry et Rau, t, IV, p. 132.)

Je vais reprendre les trois ordres d'arguments invoqués par cette opinion; et j'espère pouvoir démontrer que ces arguments mêmes la condamnent :

1° Et d'abord, dans quel sens les articles 223 et 1538 ont-ils employé les mots d'autorisation *générale* ou *spéciale?* dans le sens certainement et dans l'acception presque consacrée, que ces mots avaient autrefois reçue en cette matière; or, écoutez les témoignages de notre ancien droit : « J'estime, dit Lebrun, que les autorisations doivent être *spéciales en chaque affaire et en chaque contrat....* » (*De la Comm.*,

liv. II, chap. I, sect. IV, n° 8.) — « L'autorisation du mari, dit Pothier, doit être *spéciale pour tel et tel acte.* » (*Introd. au tit.* X *de la Coutume d'Orléans.*) — « Elle doit être expresse et *spéciale pour le contrat qui se passe....* » (*De la Puissance du mari*, n° 67.) — « L'autorisation, disent les auteurs du *Nouveau Denizart*, doit se trouver *dans l'acte même* d'aliénation ou d'engagement, ou bien il faut que ces actes soient précédés d'une procuration *spéciale à l'effet de cet engagement ou de cette obligation....* » (V° *Autor.*, § 3, n° 1.) — D'Aguesseau, dans son plaidoyer du 3 avril 1691, n'est pas moins explicite : « .... Il faut une autorisation expresse et spéciale, *et ad rem quæ geritur accommodata....* » — Enfin, les actes de notoriété des 12 novembre et 23 février 1708 attestent également que l'autorisation, pour être spéciale, doit être *mise* in ipso actu, *ou par une procuration faite spécialement pour l'acte qui se passe....* » Telle était donc la signification unanimement reconnue autrefois de ces mots : *exprès*, *spécial* et *général*, appliqués à l'autorisation du mari; et il paraît incontestable que le Code Napoléon, employant les mêmes termes dans le même sujet, les a employés aussi dans la même acception. Ces mots ont donc, dans les articles 223 et 1538, un sens très-différent de celui qu'ils présentent dans les articles 1987 et 1988. Un mandat serait *spécial*, s'il renfermait le pouvoir d'*emprunter*, même sans détermination des sommes..., ou d'*aliéner* même tous les immeubles du mandant; il serait *spécial* dans le sens de l'article 1987, c'est-à-dire relatif *à une affaire ou à une certaine affaire seulement*. Croyez-vous, au contraire, que l'autorisation donnée par un mari à sa femme d'*aliéner ses immeubles* soit valable? non sans doute; car cette même autorisation est formellement déclarée nulle par l'article 1538; donc, le mot *spécial* n'a pas le même sens

ni la même portée dans les deux cas; donc, les mêmes expressions, qui pourraient ne constituer qu'un *mandat spécial* d'après les articles 1987 et 1988, constitueraient certainement une *autorisation générale* d'après les articles 223 et 1538. Or, qu'est-ce que cela prouve? c'est qu'il ne suffit pas que le mari autorise sa femme pour un certain genre d'opérations, lors même que cette autorisation serait restreinte à quelques-uns ou à un seul de ses immeubles. Il ne suffit pas qu'il l'autorise vaguement, indéterminément, à emprunter..., ou à transiger...., ou à aliéner même tel immeuble désigné! Il faut que l'autorisation s'applique *à tel ou tel acte...*, *à l'acte qui se passe...*, *ad rem quæ geritur...*, c'est-à-dire à tel emprunt défini et spécifié, à telle transaction connue et expliquée, à telle aliénation, détaillée et appréciée. Voilà le sens des textes mêmes!

2° Et ces textes sont parfaitement conformes aux principes. Voulez-vous que la nécessité de l'autorisation maritale n'ait pour cause que l'intérêt du mari, l'intérêt de la puissance maritale? Eh bien! même dans cette théorie, il convenait de préciser, de spécifier l'autorisation. Est-ce que la femme ne serait pas véritablement affranchie de la puissance maritale, du moins à certains égards, si elle pouvait acquérir, sur quelques-uns de ses biens, une liberté absolue de disposition, une liberté illimitée et quant à sa durée et quant à toutes les autres circonstances et conditions de son exercice? Comment! la femme pourrait être autorisée aujourd'hui à emprunter.... quand elle voudrait...! comme elle voudrait...! tout ce qu'elle voudrait...! La Cour de Poitiers a, je le sais bien, décidé l'affirmative par l'arrêt précité du 25 février 1823; mais, de bonne foi, n'est-il pas vrai que ceci équivaut à dire que la femme n'aura pas du tout besoin d'autorisation pour emprunter! — Un mari pourrait auto-

riser sa femme à aliéner tel ou tel immeuble.... quand et comme elle voudrait...! qui sait? trente ans peut-être (et cela s'est vu), après cette autorisation! (Caen, 20 novembre 1838, Uger, Dev., 1840, I, 954.) Eh bien! je le dis encore, ce serait là, de la part du mari, une renonciation à son droit et à son devoir! Ce n'est point là une autorisation; c'est la dispense d'autorisation pour le cas futur et éventuel où il plairait à la femme d'emprunter et d'aliéner, à sa guise et sans autorisation! Et voilà bien pourquoi l'ancien droit n'admettait pas ce mode d'autorisation, quoiqu'il parût ne fonder le principe d'autorisation en général que sur l'intérêt du mari. « Le pouvoir d'emprunter, disait Valin, doit porter jusqu'à quelle somme; sans quoi, à moins que le prêt ne fût modique, il n'y aurait pas sûreté pour le prêteur.... » (*Sur l'article* 23 *de la Coutume de la Rochelle*, t. I, n°s 68, 69.) A combien plus forte raison devons-nous maintenir aujourd'hui ces sages traditions, aujourd'hui que l'on reconnaît plus franchement les autres motifs, très-vrais et très-sérieux aussi, de la règle de l'autorisation. Je dis *plus franchement;* car je suis convaincu que l'autre motif, savoir : l'intérêt de la famille, l'intérêt matrimonial, je suis convaincu que ce motif-là exerçait aussi déjà, dans l'ancien droit, son influence sur les décisions des jurisconsultes. Lebrun même signalait énergiquement *la très-dangereuse conséquence* d'une autorisation générale, qui permet à la femme *d'emprunter à toutes mains et de ruiner sa maison* (*de la Comm.*, liv. II, chap. I, sect. IV).

Mais enfin, direz-vous, la femme n'est pas en tutelle ni en curatelle! c'est elle-même qui traite directement et personnellement ses affaires, et elle est capable en effet de les traiter elle-même et toute seule (art. 488); elle n'a pas besoin de *l'assistance* de son mari, comme autrefois à Rome le pupille (Inst., lib. I, tit. XXI),

comme aujourd'hui l'individu pourvu d'un conseil judiciaire (art. 499, 513). L'autorisation maritale a un tout autre caractère; c'est la permission que donne le mari à sa femme, pour qu'elle fasse telle ou telle affaire; mais avec cette permission, *avec ce congé*, comme disait Bouhier (*supra*, n° 114), la femme mariée est aussi capable que tout autre; et encore une fois, c'est elle-même et elle seule qui traite l'affaire, et qui doit seule, dès lors, être juge de l'opportunité du marché, comme de toutes les autres conditions. — Non sans doute, la femme mariée n'est pas en tutelle ni en curatelle; mais je n'en crois pas moins que l'autorisation emprunte quelque chose de ces deux sortes de pouvoirs. Fondée, entre autres motifs, sur la protection que le mari doit aux intérêts matrimoniaux, il faut qu'elle soit accordée en connaissance de cause, et après examen. N'est-il pas vrai que l'autorisation de la justice doit être accordée pour chaque affaire, et après l'appréciation des conditions et de toutes les clauses et circonstances de cette affaire? oui sans doute (arg. des articles 222, 457 et 1558; Cass., 30 juin 1841, Blajon, Dev., 1841, I, 647); or, l'autorisation de la justice ne fait que remplacer celle du mari; il n'y a pas de texte d'ailleurs, autre que les articles 223 et 1538, qui exige particulièrement que l'autorisation de la justice ne soit accordée que pour chaque affaire, et après examen de ses conditions; donc, sous tous les rapports, il en doit être de même de l'autorisation accordée par le mari. Aussi l'article 217 exige-t-il soit *le concours du mari dans l'acte*, soit *son consentement par écrit*, rappelant ainsi l'ancienne doctrine, qui voulait que si l'autorisation n'était pas donnée *in ipso actu*, c'est-à-dire à un moment où le mari connaît tous les détails et toutes les conditions de l'acte qu'il autorise, elle fût donnée du moins dans un acte qui se référât spéciale-

ment à l'affaire même, *ad rem quæ geritur*, et par conséquent à cette affaire spécifiée, connue, appréciée ! Et la vérité de la règle résulte encore de l'exception même, par laquelle la loi déclare que la femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce (art. 220 C. Napol.), engager, hypothéquer et aliéner ses immeubles (art. 7 C. de comm.) — sans l'autorisation de son mari?... Entendons-nous ! il lui faut son autorisation pour être marchande publique (art. 4 C. de comm.); mais cette autorisation suffit alors et s'applique valablement à l'ensemble des opérations commerciales de la femme; or, c'est bien là une autorisation générale permise ici par exception; donc, la règle et le droit commun sont contraires.

Aussi, en ce qui me concerne, je ne m'attache pas à la question de savoir pour combien d'immeubles ou pour combien d'affaires l'autorisation est accordée. Je crois que *la spécialité de l'autorisation* n'est pas là ! Qu'importe que le mari autorise sa femme à aliéner un seul de ses immeubles, s'il l'autorise en aveugle, sans savoir quand ni comment elle aliénera ! Qu'importe qu'il l'autorise à aliéner tout ce qu'elle possède d'immeubles, si au contraire l'autorisation détermine l'époque, le prix et toutes les autres conditions de l'aliénation ! Qu'importe enfin qu'il l'autorise en même temps pour une seule affaire ou pour plusieurs, si l'autorisation s'explique en détail sur chacune d'elles, et s'y applique distributivement et spécialement ! Ajoutez enfin tout ce qu'il y a d'arbitraire dans l'opinion qui ne tient compte que du nombre et de l'importance des immeubles, auxquels l'autorisation s'applique, pour décider si cette autorisation sera spéciale ou générale. M. Duranton, par exemple, va jusqu'à dire que l'autorisation d'aliéner les immeubles situés dans tel

département ou dans les colonies est spéciale !... pourquoi pas aussi dans telle partie de la France ? où sera la limite, où sera la règle !

Concluons donc que l'autorisation, pour être spéciale, doit être donnée pour chaque procès, pour chaque affaire, en connaissance de cause, après examen de l'époque et des principales conditions de chaque affaire. Tel est le principe ! Il ne faut pas l'exagérer sans doute, et aller par exemple jusqu'à dire que le mari devra connaître le jour même où se fera le contrat ! C'est aux magistrats, à leur discernement, à leur sagesse, qu'il appartient d'apprécier si cette condition de spécialité a été convenablement satisfaite. Remarquez d'ailleurs que cette doctrine n'a pas les inconvénients qu'on lui reproche. Le mari part pour un long voyage !... il ne sera point là pour autoriser sa femme ! Rassurez-vous ; la justice y sera toujours, et pourra, s'il y a lieu, accorder l'autorisation (comp. Poitiers, 5 pluviôse an XIII, Cornilleau, Sirey, 1805, II, 81 ; Cass., 22 mai 1815, Sombret, Sirey, 1815, I, 281 ; Amiens, 1er mars 1839, Chevalier, Dev., 1840, II, 28 ; Cass., 18 mars 1840, mêmes parties, Dev., 1840, I, 201 ; Cass., 19 mai 1840, Legris, Dev., 1841, I, 60 ; Cass., 18 juin 1844, Dubois, Dev., 1844, I, 492 ; Caen, 15 mai 1844, de Lalanne, *Rec.* de Caen, t. VIII, p. 259 ; Metz, 31 janv. 1850, Cocu-Jaquart, Dev., 1852, II, 399 ; Caen, 27 janv. 1851, Souchet, Dev., 1851, II, 428 ; Proudhon, t. I, p. 465, 466 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 241 ; Demante, t. I, n° 306 *bis*, I).

207 *bis.* — Remarquons d'ailleurs que la doctrine que nous proposons ne s'oppose pas à ce que le mari donne, dans un même acte, à sa femme plusieurs autorisations spéciales pour plusieurs affaires différentes (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 132 ; Demante, t. I, n° 306 *bis*, I.)

208. — Les anciens auteurs faisaient toutefois à cette règle que l'autorisation doit être spéciale, une exception à laquelle il ne peut pas y avoir lieu maintenant. On en exceptait l'autorisation nécessaire à la femme, dans certaines coutumes, pour faire un testament. « .... La femme qui voudra tester, dit Guy-Coquille, prendra autorité de son mari, non pour disposer spécialement ainsi ou ainsi, mais pour disposer *in genere....* » (Cout. du Nivernais, *Droits des gens mariés*, art. 1). On justifiait cette modification de la règle par le motif que le testament ne doit pas en effet dépendre d'une autre volonté que de celle du testateur : mais il eût été plus logique encore et plus simple de l'affranchir tout à fait de la règle elle-même.

209. — Le mari pourrait-il donner à un tiers le mandat vague et général d'autoriser sa femme à aliéner, à emprunter.... sans déterminer lui-même quels biens, quelles sommes, à quelles conditions ?

Un arrêt de la Cour de Caen (2e chamb., 19 av. 1834, Olivier) semble décider l'affirmative ; et on pourrait dire en effet alors que la femme n'est point abandonnée à elle-même, et qu'il existe, dans ce cas, entre elle et son mari, un intermédiaire, chargé précisément d'examiner et d'apprécier les conditions de l'affaire en question (*voy.* aussi A. Dalloz, *Diction.*, v° *Autor. de fem.*, n° 93, et Fouquet, *Encyclop. du droit*, v° *Autor. de fem.*, n° 9).

Est-il bien vrai pourtant qu'on doive se départir ici du principe? Le mari, sans doute, peut autoriser sa femme par l'entremise d'un mandataire; mais il me semble qu'il faut toujours que ce soit lui, mari, qui l'autorise. La puissance maritale elle-même ne saurait être déléguée (art. 6). Je sais bien que la faculté de donner un tel mandat à un tiers, pourrait être, dans certains cas, avantageuse, si le mari était empêché par

quelque cause de se transporter dans le lieu où le contrat doit se faire; mais, d'un autre côté, cette délégation serait susceptible aussi de plus d'un inconvénient; et en tout cas, c'est la justice, que la loi charge de remplacer le mari, qui ne veut pas ou ne peut pas autoriser personnellement sa femme. Il me semble donc qu'il faudrait au moins que le mari déterminât lui-même, dans le mandat, les principales conditions de l'affaire, pour laquelle il chargerait un tiers d'autoriser sa femme (*voy.* l'arrêt précité de Caen, du 15 mai 1844, *supra*, n° 207).

210. — Mais voici venir une bien autre épreuve pour le principe que je soutiens, en ce qui concerne la *spécialité* de l'autorisation !

C'est la femme elle-même, qui a donné à son mari un mandat illimité d'aliéner, ou d'emprunter, d'hypothéquer, etc., pour elle et en son nom. Nulle détermination ni des biens à vendre ou à hypothéquer, ni des sommes à emprunter, ni d'aucune autre circonstance, ni enfin du délai, dans lequel le mandat devrait être exécuté.... Les actes (vente, emprunt, hypothèque, etc.) passés par le mari avec les tiers, en vertu d'une telle procuration, sont-ils valables et engagent-ils la femme?

Pour l'affirmative, on pourrait raisonner ainsi : Il y a ici deux choses distinctes à apprécier : 1° le mandat donné par la femme à son mari; 2° l'autorisation donnée par le mari à sa femme. Et d'abord le mandat en lui-même, dans les termes où nous le supposons conçu, ce mandat est-il permis? oui sans doute; et si une femme non mariée, si tout autre individu majeur et capable, avait donné un tel mandat à un tiers, les actes faits par le mandataire devraient être assurément maintenus (art. 1987, 1988). Cela posé, ce mandat, valable en soi, a-t-il pu être donné par la

femme à son mari? oui encore, et par plusieurs motifs : On pourrait d'abord prétendre que la femme, dans ses rapports avec son mari lui-même, n'a pas besoin d'autorisation; car elle n'a point alors *communication d'affaires avec autrui* (*supra*, n° 114), et elle doit être aussi capable que si elle n'était pas mariée. Mais voulez-vous que l'autorisation soit, même dans ce cas, nécessaire? eh bien! soit; ce sera une espèce de subtilité; car le consentement du mari est la conséquence nécessaire de son concours dans l'acte. Le mari, qui a reçu la procuration, a donc autorisé sa femme à la lui donner. — Objectez-vous enfin que cette autorisation n'est pas spéciale? mais, 1° puisque la procuration elle-même est spéciale, comment l'autorisation ne le serait-elle pas? car l'une n'est pas distincte de l'autre; et l'autorisation du mari est tout entière dans le mandat lui-même, auquel les deux époux concourent! 2° En admettant même que l'autorisation, en tant qu'elle s'applique au mandat, ne fût pas spéciale et comprît trop indéterminément un ensemble d'opérations non spécifiées, est-ce que le mari, au fur et à mesure des actes qu'il fait, comme mandataire, n'autorise pas alors spécialement sa femme pour chacun de ces actes? est-ce que son concours, dans chacune de ces opérations qu'il fait lui-même au nom de sa femme, et dont il discute les conditions, ne devient pas une autorisation éminemment spéciale! 3° Enfin, que craignez-vous en pareil cas! la femme est-elle livrée à elle-même? son mari a-t-il abdiqué son droit, déserté son devoir? mais c'est tout le contraire! c'est le mari lui-même en personne, qui veille aux intérêts de sa femme! rien n'est donc compromis, ni l'autorité maritale, ni l'intérêt matrimonial, ni l'intérêt individuel de la femme, qui se trouvent alors défendus par celui-là même à la garde duquel la loi les a confiés!

Je suis très-convaincu, pour mon compte, que ces sortes de procurations offriraient les plus grands dangers, et qu'il importe beaucoup, dans l'intérêt de toutes les familles, dans l'intérêt de leur fortune et aussi de leur repos, qu'il importe que nous ayons les moyens de les empêcher. La loi nous les fournit-elle? Je le crois; et, sans méconnaître assurément toute la gravité des motifs qui précèdent, j'espère aussi pouvoir le démontrer : J'admets d'abord qu'un mandat illimité d'emprunter ou d'aliéner, sans indication des sommes, des biens, ni d'un délai quelconque, soit valable; ce n'est pas que cette proposition ne soit susceptible elle-même de controverse, et je me réserve d'y revenir. Quoi qu'il en soit, je l'accepte pour aujourd'hui pleinement et complétement. Mais un tel mandat peut-il être consenti même par une femme mariée? Voilà ce qui ne me paraît pas admissible. Il faut bien, en effet, que l'on reconnaisse que, même avec l'autorisation de son mari, la femme ne pourrait pas conférer à un tiers un tel mandat. — Ce mandat serait spécial! — Soit; mais l'autorisation du mari serait générale (*supra*, n° 207), et la nullité de l'autorisation entraînerait la nullité du mandat. Or, pourquoi n'en serait-il pas ainsi, lorsque ce mandat est donné par la femme à son mari lui-même? La femme a toujours besoin d'autorisation, lors même que c'est avec son mari qu'elle plaide ou qu'elle contracte. La loi, en effet, a posé une règle absolue, et nulle part elle n'a fait d'exception pour cette hypothèse. — Subtilité! dites-vous, puisque le concours du mari dans l'acte constitue l'autorisation! — Subtilité, tant que vous voudrez; mais c'est dans la loi elle-même que le principe se trouve; et, comme il peut nous être ici fort utile, comme il peut porter des fruits excellents, je me garderai bien de l'abandonner; et je maintiendrai fer-

mement, au contraire, la nécessité de l'autorisation pour la femme, même dans ses rapports avec son mari, tout en reconnaissant que l'autorisation résulte du concours du mari dans l'acte. Cela posé, l'autorisation doit toujours être spéciale; toujours, dis-je, car la loi ne distingue pas; donc, quand le mari autorise sa femme à contracter avec lui, ou à lui donner un mandat, il faut qu'il l'autorise spécialement; donc, l'autorisation est nulle quand elle s'applique à un mandat illimité et indéterminé d'emprunter, ou d'aliéner, ou d'hypothéquer. — Mais non, répondez-vous, l'autorisation n'est pas nulle; elle est, au contraire, spéciale sous quelque rapport qu'on l'envisage : d'une part, elle est déjà spéciale si vous l'appliquez au mandat lui-même, considéré comme mandat; car elle est donnée par cet acte et pour cet acte même; et, d'autre part, elle deviendra spéciale successivement pour chacun des actes que le mari fera en exécution de ce mandat, et dans lesquels il figurera comme mandataire de sa femme, et comme mari, à l'effet de l'autoriser. — Cette objection est très-vive; comment y répondre? Dirons-nous, avec la Cour d'Amiens, que le mari, dans chacun des actes qu'il fera ensuite, ne comparaîtra pas *comme autorisant sa femme, mais comme agissant en qualité de procureur fondé* (1er mars 1839, Chevalier, Dev., 1840, II, 28)? Mais cette distinction paraît bien difficile! et j'aurais peine à croire que le titre de mari disparût dans le titre de mandataire. Ce qui me paraît plus net, c'est de s'attaquer directement à la procuration elle-même! Le mari, dites-vous, autorise sa femme dans chacun des actes qu'il fait pour elle en vertu du mandat.... Mais pour qu'il l'autorise, il faut, avant tout, que la femme elle-même consente; l'autorisation présuppose la volonté de la femme; or, cette volonté, ce consentement n'ont pas été valable-

ment donnés par une procuration qu'elle n'a consentie qu'en vertu d'une autorisation générale; donc, l'autorisation du mari ne peut ensuite s'appliquer à rien. En deux mots, l'autorisation est spéciale ensuite, si vous voulez, en tant que le mari lui-même fait tel ou tel acte déterminé ; mais le consentement de la femme n'y est pas; car elle ne l'a donné qu'en vertu d'une procuration nulle; et si vous prétendez que le mari autorise, je réponds, moi, que le mandataire est sans pouvoir! Et voilà précisément ce que disait aussi, en pareil cas, Pothier, d'accord avec Lebrun : «... La procuration étant nulle, faute d'autorisation, le contrat fait (par le mari) en vertu de cette procuration, ne pourrait se soutenir. » (*De la Puiss. du mari*, n° 70.) Qu'est-ce à dire? qu'il faut aussi que le consentement de la femme soit spécial, c'est-à-dire accordé en connaissance de cause et pour chacun des actes auxquels il s'applique.

« Ne faut-il pas que la femme soit aussi consultée sur ses propres affaires?... disait M. Troplong, dans le remarquable rapport qui a préparé l'arrêt du 18 mars 1840 (Chevalier, Dev., 1840, I, 202).

Je crois, en effet, que de cela même que l'autorisation du mari doit être spéciale, c'est-à-dire donnée pour chaque affaire, il s'ensuit que le consentement de la femme doit être aussi spécial; ce sont là deux conditions corrélatives, deux termes d'un même rapport; la volonté de la femme et l'autorisation du mari se correspondent; toutes deux s'appliquent au même objet, et ce que la loi exige à cet égard pour l'une, elle l'exige nécessairement aussi pour l'autre. Voilà ce que veut la logique, ce que veulent surtout la sagesse et la prévoyance. Oui, ces procurations illimitées seraient funestes pour la femme et pour la famille! Le mari deviendrait toujours ainsi le maître unique et absolu

de toute la fortune de sa femme ! et le maître pour toujours ! car la faculté de révocation serait alors le plus souvent illusoire ! J'applaudis donc sincèrement à la jurisprudence qui les annule (*supra*, n° 207, les arrêts cités).... Mais qu'en pense la théorie, qui ne veut reconnaître d'autre base au principe de l'autorisation que le seul intérêt de la puissance maritale ? (Comp. Bordeaux, 9 déc. 1847, Fauchey, Dev., 1848, II, 537; Cass., 10 mai 1853, Dacheux, Dev., 1853, I, 572.)

211. — L'autorisation du mari peut être donnée soit avant l'acte, soit dans l'acte même pour lequel la femme en a besoin.

Mais après ?

C'est une question fort débattue.

Pour soutenir que l'autorisation peut être non-seulement antérieure ou concomitante, mais aussi postérieure à l'acte auquel elle s'applique, voici comme on argumente : 1° Cette doctrine, admise sans contestation autrefois dans celles des coutumes qui n'exigeaient que le *consentement* du mari, avait même fini par prévaloir aussi dans toutes les autres où *l'autorisation* formait une condition sacramentelle (Lebrun, *de la Comm.*, liv. II, chap. I, sect. V, n°s 5-9; Pothier, *de la Puiss. du mari*, n°s 5 et 74); or, il ne se peut pas qu'on soit plus sévère aujourd'hui, sous l'empire de notre Code, qui se contente de la simple approbation du mari. 2° Eh ! pourquoi en serait-il autrement ? La nullité de l'acte passé par la femme ne résulte que du défaut d'autorisation ; or, *cessante causa, cessat effectus;* donc, l'autorisation doit corriger ce vice et faire disparaître cette nullité. Il ne faut pas invoquer ici les règles relatives à l'*auctoritas tutoris* chez les Romains, qui ne pouvait pas, en effet, intervenir *post tempus* (Inst., lib. I, tit. XXI, § 2). Bien différente du pupille romain, la

femme mariée chez nous est personnellement capable; l'autorisation du mari n'est pas pour elle un complément, une augmentation de capacité; c'est un acte de déférence et de subordination, exigé soit dans l'intérêt de la puissance maritale, soit dans l'intérêt matrimonial, que le mari seul représente, mais point dans l'intérêt individuel de la femme; donc, quand le mari approuve, la femme ne saurait se prévaloir elle-même du mépris qu'elle a fait de son autorité, ni prendre en main la défense des intérêts matrimoniaux dont la garde ne lui est pas confiée. C'est bien assez déjà qu'elle puisse invoquer cette nullité tant qu'elle existe! 3° C'est ainsi que l'article 183, dans une hypothèse analogue, permet bien au mineur, qui s'est marié sans le consentement de ses ascendants ou de sa famille, de proposer lui-même la nullité, mais seulement tant qu'elle dure, c'est-à-dire à la condition que le consentement, que la ratification postérieure de la famille ou des ascendants ne l'aura point effacée; et pourtant remarquez ici que cette nullité était introduite dans l'intérêt personnel et particulier du mineur! 4° L'article 217 a été rédigé dans cet esprit. Le projet de Code avait même ajouté à cet article un second alinéa, ainsi conçu: « Le consentement du mari, quoique postérieur à l'acte, suffit pour le valider. » (Fenet, t. IX, p. 74-76.) On a voulu, il est vrai, trouver dans la suppression de ce paragraphe la preuve que l'intention des auteurs du Code Napoléon aurait été de ne point admettre l'autorisation postérieure du mari. Mais rien ne paraît moins concluant, lorsqu'on se rappelle les détails historiques de ce changement. Le second alinéa, proposé par la section de législation, avait été admis, le 4 vendémiaire an x, dans l'assemblée générale du Conseil d'État; et c'est pour un tout autre motif que l'article 217 fut renvoyé à la section de lé-

gislation; il s'agissait d'introduire dans *le premier alinéa* une modification proposée par M. Regnault. Pourquoi le second alinéa ne s'est-il plus trouvé dans la nouvelle rédaction présentée le 24 frimaire an x? — C'est, dites-vous, parce qu'on l'avait repoussé! — Plusieurs réponses démontrent le contraire : 1° Cet alinéa proposé par la section avait été admis par le conseil tout entier; et rien n'annonce que la section de législation ait abandonné elle-même, et elle seule, une rédaction déjà presque adoptée; 2° on a pu craindre que la rédaction du second alinéa ne fût trop générale, et ne comprît dans ses termes absolus des hypothèses où la ratification postérieure du mari serait impossible; comme, par exemple, si elle n'était donnée qu'après la dissolution du mariage; 3° enfin un autre changement fait dans le premier alinéa de l'article 217 démontre que la section de législation et le Conseil d'État ont persévéré dans le principe que le second alinéa de l'article 217 avait expressément formulé. En effet, le projet portait d'abord : « La femme « ne peut donner..., etc..., *sans le consentement par « écrit, ou le concours du mari dans l'acte;* » et, dans la rédaction définitivement adoptée, la disposition finale se trouve intervertie : « .... *sans le concours du « mari dans l'acte, ou son consentement par écrit.* » Il faut donc reconnaître : ou que ce changement a eu lieu sans aucune espèce de raison, ou qu'il a eu pour but de prévenir le doute qu'aurait pu faire naître la première rédaction, qui semblait dire, en effet, que le consentement du mari devait précéder l'acte auquel le mari ne concourait pas en personne. On doit dès lors conclure que le consentement postérieur du mari éteint, envers et contre tous, l'action en nullité résultant du défaut d'autorisation, pourvu que ce consentement postérieur soit accordé 1° pendant le mariage,

c'est-à-dire à une époque où existe encore la puissance maritale, de laquelle émane le droit d'autorisation; 2° avant toute demande en nullité formée par la femme; car le droit déjà exercé serait acquis à la femme à partir même de sa demande (Colmar, 28 nov. 1816, Michel Pfeiffer, Sirey, 1817, II, 145; Dijon, 1er août 1818, Dev. et Carr., Collect. nouv. V., II, 409; Delvincourt, t. I, p. 75, note 11; Proudhon, t. I, p. 466; Vazeille, t. II, n° 381; Taulier, t. I, p. 350; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 145, 146; Massé et Vergé, t. I, p. 289; Marcadé, t. I, art. 225, n° 1; Duvergier sur Toullier, t. I, n° 648, note 1; Demante, t. I, n° 300 *bis*, VIII).

Je me suis déjà plusieurs fois expliqué sur la valeur des arguments puisés dans les travaux préparatoires du Code Napoléon. Je n'en méconnais pas certes toute l'importance! mais je suis aussi convaincu que ces arguments ne sont pas nécessairement décisifs, surtout lorsqu'ils ne s'accordent pas avec les textes mêmes tels qu'ils ont été finalement votés, ni avec les principes généraux du droit; or, tel est, selon moi, le cas de la question actuelle. Que veut, en définitive, l'article 217? que la femme ne puisse pas faire certains actes sans le concours du mari ou son consentement par écrit; c'est le moment même où l'acte se passe que l'article 217 a pour but de régir. Voilà une femme mariée qui va aliéner ou acquérir.... Que lui faut-il? Tel est le fait prévu par la loi, qui nous répond : La femme ne peut pas agir, c'est-à-dire agir maintenant sans le consentement du mari. Cet article, en un mot, s'occupe de l'autorisation maritale, et non point d'une question de *ratification;* or, le consentement postérieur du mari ne serait vraiment autre chose qu'une ratification; donc, l'article 217 est violé si, au moment même où l'acte a eu lieu, la femme n'était pas autorisée. Il est évident qu'elle a fait alors ce qu'elle ne devait pas, ce qu'elle

ne pouvait pas valablement faire. Cela posé, qu'en est-il résulté? deux actions en nullité : l'une pour le mari, l'autre pour la femme (art. 225, 1124, 1125); et la question maintenant est de savoir non pas si le mari peut autoriser sa femme.... L'autoriser? non, il est trop tard pour cela! mais bien plutôt s'il peut ratifier l'acte annulable qu'elle a consenti, et s'il peut lui enlever son action en nullité!

Eh bien! dans ces termes-là qui sont, je le répète, les véritables termes de la question, la négative résulte encore des textes et des principes :

L'article 1304 déclare que la prescription de dix ans ne court contre la femme *que du jour de la dissolution du mariage;* or, si le mari pouvait ratifier pendant le mariage, le délai de dix ans, dont l'expiration n'est autre chose qu'une ratification tacite, devrait aussi courir contre lui pendant le mariage; donc, la femme se trouverait elle-même déchue de son action après dix ans écoulés pendant le mariage, depuis l'acte annulable par elle passé; donc, l'article 1304 serait violé.

En principe, d'ailleurs, une personne à laquelle la loi accorde un droit, une action quelconque, cette personne ne peut en être privée sans son aveu et par le fait d'autrui; or, la loi accorde à la femme une action en nullité qui lui est propre, une action distincte et indépendante de l'action qui appartient au mari (art. 225, 1125); donc, la femme ne peut pas être privée, par le seul fait du mari, de ce droit qui lui est véritablement acquis, et qui forme *un bien* dans son patrimoine; ce bien-là, qui représente peut-être un immeuble de la femme, le mari ne peut pas plus l'aliéner que tout autre bien de la femme sans son consentement. Il aurait fallu, pour cela, un texte comme celui qui se trouve dans l'article 183; mais il n'y a,

pour notre hypothèse, aucune disposition de ce genre; et l'exception, très-formellement écrite d'ailleurs dans l'article 183, se justifie par la faveur toute spéciale du mariage. Ici, au contraire, la faculté pour le mari d'enlever à la femme son action en nullité, cette faculté, contraire aux principes, ne présente, en outre, que des inconvénients et des dangers.

Et je maintiens que cela est vrai dans tous les systèmes :

Voulez-vous que l'autorisation soit exigée dans l'intérêt de la femme? elle ne doit pas alors lui être préjudiciable; or, elle ne pourrait que lui nuire, si elle était accordée après coup, puisque, sans valider l'acte qu'elle a consenti (cet acte est valable, si la femme le veut!) l'autorisation n'aurait d'autre résultat que de la priver de son action en nullité.

Voulez-vous que l'autorisation soit requise dans l'intérêt de la puissance maritale et de la famille? eh bien! encore de deux choses l'une : ou le mari veut réprimer l'atteinte portée à son autorité, et venir au secours de l'intérêt matrimonial compromis; et alors qu'il demande la nullité; c'est son droit, son devoir même peut être; — ou il veut tolérer, pardonner l'acte qui a été fait; il ne le trouve pas dommageable; et alors qu'il se tienne tranquille; son consentement postérieur n'est pas nécessaire.

Dira-t-on que le mari peut avoir un intérêt, moral au moins, à ce que sa femme n'attaque pas déloyalement la convention qu'elle a elle-même consentie? mais elle ne le pourrait pas, en général, sans autorisation; et, quelle que soit au reste la valeur de cette considération, je craindrais bien plus souvent que d'autres motifs ne déterminassent le consentement postérieur du mari. Ne voyez-vous pas combien les tiers, qui ont traité avec la femme, sont intéressés à l'obtenir? D'or-

dinaire, le contrat sera bon pour eux; et par cela même qu'ils s'exposaient à une action en nullité, ils auront stipulé leurs conditions en raison de cette chance. Mais le contrat pourra devenir bien meilleur, si cette chance même peut être rachetée par un concert frauduleux avec le mari! Il y aurait donc là beaucoup d'abus possibles; et tous ces motifs me persuadent que la jurisprudence nouvelle, qui les empêche, est plus sage que l'ancien droit. La ratification ne serait donc possible, pendant le mariage, qu'autant qu'elle aurait lieu par les deux époux ensemble, ou du moins par la femme autorisée de son mari (art. 1338; Turin, 17 déc. 1810, Malan, Sirey, 1811, II, 231; Rouen, 18 nov. 1825, de Labrière, Sirey, 1826, II, 98; Cass., 12 février 1828, Belloncle, D., 1828, I, 127; Grenoble, 26 juillet 1828, Chapuis, D., 1829, II, 73; Grenoble, 18 janv. 1828, Durand, D., 1831, I, 83; Cass., 26 juin 1839, Saugnier, Dev., 1839, I, 878; Paris, 23 févr. 1849, Groves, Dev., 1849, II, 145; Paris, 12 mai 1859, Suzor, Dev., 1859, II, 561; et J. du P. 1860, p. 634; Merlin, *Rép.* t. I et XVI, v° *Autor. marit.*, sect. VI, § 3, n° 2; Toullier, t. I, n° 648; Duranton, t. II, n° 517; Chardon, *de la Puissance maritale*, n° 143; Benoit, *Traité de la dot*, t. I, 244; Valette sur Proudhon, t. I, p. 467, note *b*).

II. — De l'autorisation de justice.

212. — Il n'était pas possible de soumettre la femme à la nécessité d'obtenir toujours l'autorisation de son mari lui-même; on a dû prévoir soit ses refus injustes, soit l'impossibilité où il se trouverait de l'accorder.

Tels sont, en effet, les deux cas dans lesquels la femme peut s'adresser à la justice. Le principe de l'au-

torisation est toujours maintenu; seulement c'est au tribunal que la loi confie alors cette mission.

« Le mari, dit très-bien Proudhon, n'est que le délégué de la loi dans l'usage du pouvoir dont elle l'a revêtu; la puissance publique, qui absorbe tous les pouvoirs particuliers, peut, à plus forte raison, les suppléer. » (T. I, p. 468.)

Remarquons pourtant que l'autorisation maritale est la règle, et l'autorisation de justice l'exception. Une femme ne peut donc recourir à celle-ci que dans les cas et sous les conditions déterminés par la loi elle-même (Toulouse, 18 août 1827, Delhom, Sirey, 1827, II, 237).

213. — L'hypothèse où le mari refuse est très-simple. Il en a le droit sans doute, sauf le droit pour la femme et aussi pour les tiers, de se pourvoir devant la justice, qui décidera.

Nous n'avons donc qu'à rechercher quelles circonstances constituent, de la part du mari, l'impossibilité d'autoriser la femme. Cette impossibilité est physique ou quelquefois purement légale; et, dans ce dernier cas, elle forme une incapacité proprement dite.

214. — 1° L'absence du mari est au premier rang des causes de cette impossibilité..., son absence, soit déclarée, soit seulement présumée (comp. art. 222, 1427 C. Nap., 863 procéd.).

Marcadé pense que « dans le cas de simple non-présence, la femme devra attendre le retour du mari, ou lui demander son autorisation par lettre. » (T. I, art. 222; ajout. aussi Fouquet, *Encyclop. du droit*, n° 13; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 129; Massé et Vergé, t. I, p. 237.)

Cette proposition toutefois me semble trop absolue : Pothier n'hésitait pas à dire que « la femme peut recourir à la justice lorsque le mari est trop éloigné pour

donner l'autorisation aussi promptement que le cas l'exige... » (*De la Puissance du mari*, n° 12, et *Introduction au tit.* x *de la Coutume d'Orléans*, n° 149.) Pourquoi en serait-il autrement aujourd'hui? Il est vrai que l'article 863 du Code de procédure ne s'occupe que de l'absence proprement dite ; mais la généralité des termes de l'article 222 du Code Napoléon peut s'appliquer même au cas de simple éloignement (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 400). Car le mot *absence* n'a pas toujours dans nos lois son acception technique et spéciale. Cette solution d'ailleurs est vraiment nécessaire. Il ne faut pas sans doute que la femme profite d'un voyage que ferait son mari pour aliéner ou pour traiter toute autre affaire à son insu ! mais il ne faut pas non plus qu'elle se trouve par l'éloignement actuel de son mari, dans l'impossibilité absolue de faire un acte urgent et très-légitime. Les magistrats apprécieront toutes les circonstances du fait (*voy.* au reste notre *Traité de l'absence*, n°s 266, 267; comp., Colmar, 31 juill. 1810, Sirey, 1811, II, 206; Cass., 15 mars 1837, Langlois, Dev., 1837, I, 547 ; Toullier, t. II, n° 651 ; Duranton, t. II, n° 506 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 379; Demante, t. I, n° 305 *bis*).

215. — 2° « Lorsque le mari est frappé d'une con-
« damnation emportant peine afflictive ou infamante,
« encore qu'elle n'ait été prononcée que par contumace,
« la femme, même majeure, ne peut, pendant la durée
« de la peine, ester en jugement ni contracter qu'après
« s'être fait autoriser par le juge, qui peut, en ce cas,
« donner l'autorisation, sans que le mari ait été en-
« tendu ou appelé. » (Art. 221.)

Outre qu'il serait alors le plus souvent impossible, en fait, d'obtenir l'autorisation du mari, il y a là toujours une cause d'indignité et, par suite, d'incapacité légale.

Pendant la durée de la peine, dit l'article 221. Ces mots ont fait naître deux difficultés :

216. — A. La dégradation civique rend-elle le mari incapable d'autoriser sa femme?

Le mari frappé d'une condamnation à une peine infamante, en est déclaré incapable (art. 221 C. Napol.); or, la dégradation civique est une peine infamante (art. 8 C. pén.); où donc est le doute?

Le voici : c'est que d'après notre article 221, cette incapacité n'est que temporaire; tandis que si la dégradation civique doit la produire, il en résultera, au contraire, que cette incapacité sera toujours perpétuelle, sauf le cas assez rare de réhabilitation (art. 619 inst. crim.); toujours, je le répète; car, d'une part, la dégradation civique elle-même est perpétuelle; d'autre part, toutes les peines afflictives ou infamantes emportent la dégradation civique (art. 8 C. pén.); donc, finalement, l'incapacité prononcée par l'article 221 serait toujours aussi perpétuelle. Telle est, en effet, la conclusion à laquelle est arrivé Delvincourt, qui, regardant comme *inutiles* ces mots de l'article 221 : *pendant la durée de la peine*, enseigne que *le mari ne pourra plus désormais autoriser sa femme, à quelque époque que ce soit* (t. I, p. 75, note 18; ajout. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 288).

Mais on ne saurait retrancher ainsi du texte de la loi presque toute une phrase, et la déclarer inutile ! Ces mots supposent évidemment que la loi n'a entendu prononcer l'incapacité que pendant une certaine durée de temps; et nous ne pouvons pas la rendre perpétuelle. Comment donc faire? et que répondre à l'argument tiré des articles 8 et 28 du Code pénal? je n'y vois qu'un moyen : c'est de dire que l'article 221 du Code Napoléon ne s'applique point à la dégradation

civique. Sans doute, et j'en conviens, nous restreignons à notre tour un peu la généralité de ses termes, qui paraissent s'appliquer à toutes les peines infamantes; mais ce qu'il peut y avoir d'équivoque dans la première partie de cet article, doit être interprété par ces mots très-nets : *pendant la durée de la peine*, qui encore une fois, démontrent que l'incapacité n'est que temporaire, et que, dès lors, elle ne doit résulter que de la peine considérée seulement comme afflictive. Ajoutez que l'article 34 du Code pénal ne met pas cette espèce d'incapacité au nombre de celles que produit la dégradation civique; tout annonce dès lors qu'elle n'est qu'un effet de *l'interdiction légale*, que l'article 29 du Code pénal ne prononce effectivement aussi contre les condamnés à certaines peines, que *pendant la durée de la peine* (Duranton, t. II, n° 507; Vazeille, t. II, n° 347; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 130; Valette sur Proudhon, t. I, p. 470, note *a;* Demante, Programme, t. I, n° 256, *et Cours analyt.*, t. I, n° 304 *bis*, 1 et 2; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 378).

217. — En ce qui concerne le bannissement, peine infamante (art. 8 C. pén.) et temporaire (art. 32 C. pén.), l'article 221 me paraît devoir s'y appliquer d'autant plus, que cette peine suppose nécessairement l'éloignement du mari. J'ai pensé, il est vrai, que le banni n'était pas, du moins toujours, privé du droit de consentir au mariage de ses enfants (t. III, n° 44); mais c'est qu'alors on ne peut invoquer aucun texte pour l'en déclarer, en effet, toujours et nécessairement déchu; tandis que l'article 221 du Code Napoléon combiné avec les articles 8 et 32 du Code pénal, prononce, au contraire, en pareil cas, contre le mari, l'incapacité légale d'autoriser sa femme.

218. — B. *Pendant la durée de la peine*... Mais le

condamné par contumace ne subit point la peine, et il ne peut même jamais la subir en vertu de la condamnation par contumace, puisque le fait seul de sa représentation l'anéantit de plein droit (art. 476 inst. crim.). Est-ce à dire que le mari ainsi condamné est capable de donner à sa femme l'autorisation? non, certes; car l'article 221 lui-même l'en déclare incapable, *encore que la peine n'ait été prononcée que par contumace*. Il faut donc ici encore concilier entre elles les différentes expressions de cet article; et je crois qu'on aura sa véritable pensée en considérant dans ce cas, comme la *durée de la peine*, toute la durée de la contumace elle-même, c'est-à-dire tout le temps pendant lequel la peine n'étant pas prescrite, le condamné en demeure toujours menacé (art. 635 inst. crim.).

219. — Quant aux peines perpétuelles, pas de difficulté; prononcées contradictoirement, elles emportaient la mort civile dès le jour de l'exécution réelle ou par effigie avant la loi du 31 mai 1854 (art. 25, 26; *voy.* notre t. I, n° 208); prononcées par contumace, les condamnations emportaient la privation de l'exercice des droits civils pendant cinq ans, à l'expiration desquels la mort civile elle-même était encourue (art. 28; *voy.* t. I, n° 224, et t. III, n° 44).

220. — 3° « Si le mari est mineur, l'autorisation du « juge est nécessaire à la femme, soit pour ester en « jugement, soit pour contracter. » (Art. 224.)

Il n'en était pas ainsi dans l'ancien droit, où le mari, même mineur, pouvait autoriser sa femme (Pothier, n° 29); et cette innovation me paraît attester de plus en plus que le Code Napoléon n'a pas admis la doctrine généralement accréditée autrefois sur le fondement de l'autorisation maritale. Il ne s'agit plus seulement aujourd'hui d'une marque d'*obéissance* en-

vers l'autorité maritale, que le mineur, aussi bien que le majeur, pouvait, en effet, recevoir; c'est, de la part du mari, un acte de surveillance que son incapacité personnelle ne lui permet pas d'exercer. La loi n'a pas voulu qu'un incapable fût chargé d'autoriser un autre incapable (Portalis, Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 524).

221. — On doit conclure de ce motif, que la minorité du mari ne le rend pas incapable d'autoriser sa femme pour tous les actes qu'il a lui-même le droit de faire seul et sans l'assistance de son curateur, en sa qualité de mineur émancipé (art. 476 et suivants; Toullier, t. I, n° 653).

Cette conclusion est exacte, mais de peu d'importance; car la femme n'a pas, en général, besoin d'autorisation pour les actes d'administration, c'est-à-dire pour ceux-là mêmes à l'égard desquels son mari mineur pourrait seulement l'autoriser.

222. — 4° L'interdiction du mari devait nécessairement, sous ce rapport comme sous beaucoup d'autres, produire le même effet que la minorité; et telle est aussi la disposition de l'article 222 (comp. Poitiers, 17 juin 1846, Todros, Dev., 1847, II, 16).

Point de difficulté, lorsqu'il existe un jugement d'interdiction (art. 502).

223. — Mais serait-on admis à soutenir que le mari même non interdit était dans l'impossibilité de manifester une volonté, lorsqu'il a accordé à sa femme la prétendue autorisation qu'on attaque?

Direz-vous : en règle générale, le mari est capable d'autoriser sa femme; or, l'article 222 n'excepte que le cas d'interdiction, quand on se fonde sur l'état de ses facultés intellectuelles pour soutenir qu'il en était incapable; donc, toutes les fois que l'interdiction n'a pas été prononcée, l'autorisation accordée par lui ne

saurait être annulée par ce motif. Ainsi le veulent la bonne foi, la sécurité des tiers, et par suite, l'intérêt général de la société. C'est pour les mêmes motifs que le mandat cesse par l'interdiction seulement du mandant (art. 2003), et non point par le seul fait de sa démence (Caen, 2e chambre, 19 avril 1834, Olivier).

Ce raisonnement a du vrai ; mais il est trop absolu.

Il me paraît certain que l'autorisation, que le *consentement* du mari, comme la loi elle-même l'appelle, est soumis, à cet égard, aux règles du droit commun ; c'est évidemment la volonté du mari, sa volonté à lui-même, sa volonté intelligente qui est exigée; et les différents vices qui peuvent détruire ou altérer sa volonté, seraient, par cela même, de nature à faire annuler son autorisation (art. 1109 et suiv.).

Seulement, il n'y a plus ici, bien entendu, de présomption légale, comme dans le cas où l'interdiction a été prononcée; et c'est au demandeur en nullité à prouver qu'en effet le mari était dans l'impossibilité d'exprimer une volonté au moment où il a autorisé sa femme.

J'ajoute que cette preuve devra être très-claire; et je conviens même qu'elle ne devrait pas toujours et nécessairement réussir contre les tiers, qui auraient traité de bonne foi avec la femme, dans l'ignorance de la situation du mari (arg. des articles 2008, 2009). Mais contre ceux qui l'auraient connue, j'admets la nullité de l'autorisation par ce motif. Finalement donc, ceci est, à mes yeux, une question de fait, dans laquelle on devra tenir grand compte du plus ou moins de notoriété de l'état intellectuel du mari (art. 503), du caractère de l'acte même auquel s'appliquait l'autorisation (art. 504), et de toutes autres circonstances.

224. — Au reste, il faut, pour cela, que l'impossibilité, de la part du mari, de manifester sa volonté,

soit en effet absolue ; et, par exemple, rien ne s'oppose à ce que le sourd-muet accorde lui-même son autorisation, si d'ailleurs il peut se faire comprendre par un moyen quelconque de communication (Pothier, *Introduction au tit.* x *de la Coutume d'Orléans*, n° 150, et *supra*, t. III, n°s 24, 25).

225. — Le mari, quoique non interdit, sera le plus souvent incapable d'autoriser sa femme, s'il est placé dans un établissement d'aliénés, conformément à la loi du 30 juin 1838 (*voy.* notre t. III, n° 43).

Je ne voudrais pas toutefois aller, avec MM. Aubry et Rau sur Zachariæ (t. IV, p. 129), jusqu'à une assimilation presque complète de l'interdit et de l'individu placé, sans jugement d'interdiction, dans une maison d'aliénés. Il n'y a, en effet, contre les actes passés par ce dernier, aucune présomption absolue d'incapacité, comme celle que prononce l'article 502. Aussi l'article 39 de la loi du 30 juin 1838 se borne-t-il à dire que ces actes *pourront* être attaqués pour cause de démence.

226. — Le mari non interdit, mais pourvu d'un conseil judiciaire, pour cause soit de faiblesse d'esprit, soit de prodigalité (art. 499, 513), peut-il autoriser sa femme ?

Il ne s'est pas formé, sur ce point, moins de trois opinions :

La première enseigne que le mari peut alors lui-même, et sans l'assistance de son conseil, accorder l'autorisation : la règle est que le mari est capable d'autoriser lui-même sa femme ; or, l'article 222 ne prononce d'incapacité que contre l'interdit ; et tel n'est pas l'individu pourvu seulement d'un conseil judiciaire ; donc, celui-ci demeure capable d'accorder l'autorisation. Et on ne voit pas non plus que ce droit lui soit enlevé par les articles 499 et 513, qui déterminent l'espèce d'in-

capacité dont il est frappé. Sans doute, il peut paraître extraordinaire et même fâcheux que ce mari, incapable d'aliéner, d'emprunter, de plaider, etc., pour son propre compte, soit néanmoins capable d'autoriser sa femme à faire des actes qui lui sont interdits à lui-même; mais *la loi est formelle* (Duranton, t. II, n° 507).

La seconde opinion permet bien au mari pourvu d'un conseil judiciaire d'autoriser lui-même sa femme, mais à la condition qu'il sera assisté de son conseil dans tous les actes pour lesquels cette assistance lui serait nécessaire, s'il les faisait personnellement pour son compte : d'une part, l'article 222 ne déclare incapable que le mari interdit, et celui-ci ne l'est pas; mais, d'autre part, on ne saurait admettre raisonnablement qu'incapable lui-même de faire seul certains actes, il soit capable d'autoriser seul sa femme à les faire. Le moyen de concilier ces deux arguments est donc de dire qu'il est capable d'autoriser sa femme sous la même condition à laquelle est soumise sa capacité personnelle (Paris, 27 août 1833, Bonvalet, Dev., 1833, II, 562; Magnin, *des Minorités*, t. I, n° 909).

Je n'admets, pour ce qui me concerne, ni l'une ni l'autre de ces opinions; et je pense que c'est alors la justice qui doit accorder l'autorisation : le texte de l'article 222 ne m'est pas, j'en conviens, très-commode! et ce n'est pas la seule fois que nous aurons à regretter que la loi, décrétant une incapacité dont la raison exige l'application à l'individu pourvu d'un conseil judiciaire autant qu'à l'interdit, ne se serve que du mot *interdit*. C'est ainsi que l'article 442 déclare que les *interdits* ne peuvent être tuteurs ni membres des conseils de famille; et la même question alors s'élèvera pour savoir si ce mot doit aussi comprendre

celui auquel il a été nommé un conseil judiciaire. Je la mentionne toutefois, dès à présent, pour prouver que le mot *interdit,* dans une circonstance très-semblable à la nôtre, a reçu cette acception étendue de la part des auteurs eux-mêmes, qui voudraient ici la restreindre. Nous verrons, par exemple, M. Duranton professer aussi que, dans le cas de l'article 442, « on doit assimiler aux interdits ceux qui, pour faiblesse d'esprit, ont été placés sous l'assistance d'un conseil judiciaire, dans le cas prévu par l'article 449; » (t. III, n° 503) — et, qu'à l'égard des prodigues, ils sont exclus de la tutelle et destituables, en vertu de l'article 444, pour cause d'inconduite notoire (n° 509). Or, si, en vertu de l'article 442, qui ne parle que des *interdits*, vous excluez de la tutelle l'individu seulement pourvu d'un conseil judiciaire, je demande pourquoi, en vertu de l'article 222, vous ne déclarez pas aussi incapable d'autoriser sa femme le mari auquel un conseil aurait été nommé? Il ne faut pas sans doute assimiler l'interdiction à la simple nomination d'un conseil judiciaire; les deux incapacités sont fort différentes, fort inégales! Mais ne serait-il pas vrai aussi que, dans certains cas, la loi aurait entendu comprendre, sous le mot d'*interdit*, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, c'est-à-dire placé dans cette espèce de demi-interdiction qui fait partie du titre même de l'interdiction? Je pense que cette interprétation est possible, lorsque d'ailleurs elle est raisonnable et presque nécessaire, lorsqu'elle est conforme à l'ancien droit, lorsqu'enfin elle se trouve en harmonie avec les autres dispositions de notre Code; or, tous ces motifs me paraissent ici concourir : cette interprétation est éminemment raisonnable ; c'est un aveu que nous concèdent les partisans mêmes des opinions contraires, qui conviennent qu'un incapable ne doit pas pouvoir ha-

biliter un autre incapable; — elle est conforme aux traditions de l'ancien droit; et les auteurs du *Nouveau Denizart* nous apprennent que la question s'étant présentée, en 1755, de savoir si le mari *interdit* (il est vrai), mais seulement pour *cause de prodigalité*, avait pu valablement autoriser sa femme en vertu de l'autorisation à lui donnée par son curateur, *les juges ne faisaient aucune difficulté sur la question de droit*, et que l'autorisation aurait été annulée sans des circonstances particulières (v° *Autor.*, § 3, n° 7). Enfin je dis que cette interprétation est d'accord avec la théorie générale du Code Napoléon, d'après laquelle il y a lieu à l'autorisation de justice, quand le mari lui-même ne peut pas autoriser sa femme. Est-ce que le mari mineur, par exemple, peut autoriser sa femme, soit seul, soit même avec l'assistance de son curateur? non; c'est la justice alors qui l'autorise (art. 224); or, il me semble que la situation est presque absolument semblable quand le mari, même majeur, est pourvu d'un conseil judiciaire; cette situation présente, en effet, beaucoup d'analogie avec l'émancipation; donc, il doit y avoir lieu, dans les deux cas, à l'autorisation de justice. Eh! mais autrement, pourquoi n'aurait-on pas dit que le tuteur du mari interdit autoriserait la femme de l'interdit? Cela eût été logique, si le conseil judiciaire avait eu qualité pour assister le mari autorisant lui-même sa femme. Tel n'est pas le Code Napoléon; quand l'autorisation ne peut pas être accordée par le mari lui-même et lui seul, il faut recourir à la justice; point de tiers, dans ce cas, entre les époux! or, on ne saurait admettre que le mari, lui-même et lui seul, puisse autoriser sa femme lorsqu'il a un conseil judiciaire; donc, il faut alors recourir à l'autorisation de justice (Cass., 11 août 1840, Dubois-Beaulieu, Dev., 1840, I, 858; Rennes, 7 déc. 1840, mêmes parties, Dev., 1841, II,

423 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 130 ; Massé et Vergé, t. I, p. 237, 238).

227. — L'article 222 est-il applicable, sans aucune modification, lorsque c'est la femme elle-même qui a été nommée tutrice de son mari interdit ? (Art. 507.) La femme, dans ce cas, est-elle toujours soumise à la nécessité d'obtenir l'autorisation de justice ? ou ne doit-on pas, au contraire, déterminer alors sa capacité d'après les règles de la tutelle et lui accorder les mêmes pouvoirs qu'au tuteur ?

On pourrait dire sans doute que l'article 222 est absolu ; qu'il ne distingue pas entre le cas où le tuteur du mari est un étranger et le cas où la tutelle a été déférée à la femme elle-même, et que dès lors il doit être appliqué dans tous les cas.

Il me paraît toutefois impossible d'admettre une telle conclusion.

Distinguons d'abord deux hypothèses, ou plutôt deux espèces de biens.

S'agit-il des biens personnels du mari ou des biens de la communauté ? Dans ce cas, la femme n'agit pas en son propre nom ni pour son compte ; elle agit au nom du mari, pour le compte du mari ou de la communauté ; elle remplit enfin le mandat que la loi elle-même lui a confié en permettant qu'elle fût nommée tutrice. Et dès lors sa capacité et ses pouvoirs doivent être réglés non point par les principes de l'autorisation maritale, tout à fait inapplicables en cette circonstance, mais uniquement par les principes de la tutelle. Elle pourra donc faire seule tous les actes que le tuteur peut faire seul ; et quant à ceux pour lesquels l'autorisation ou l'homologation sont nécessaires, elle s'adressera aussi, comme tout tuteur, au conseil de famille ou au tribunal, pour lui demander alors non pas une autorisation proprement dite, mais

plutôt une homologation. Cette solution, très-rationnelle, n'offre d'ailleurs aucun inconvénient : soit parce que, pour les actes importants de la tutelle, la femme, comme tout tuteur, ne pourra pas les faire seule ; soit même parce que, dans ce cas particulier, l'article 507 autorise le conseil de famille et le tribunal à régler, suivant les circonstances et pour le plus grand intérêt du mari, les pouvoirs de la femme tutrice.

S'agit-il des biens personnels de la femme ?

Si, d'après les conventions matrimoniales, le mari en a l'administration et la jouissance, il faut appliquer le même principe ; et la femme aura, pour tous les actes d'administration et de jouissance, les mêmes droits que tout autre tuteur ; car, dans ce cas encore et pour ces sortes d'actes, elle n'est que mandataire ; le droit de les faire appartient toujours au mari ; c'est donc pour lui et en son nom qu'elle les fait, et elle n'a pas en conséquence besoin d'autorisation de justice.

Elle n'en aura pas besoin davantage pour les actes d'administration et de jouissance relatifs à ses biens personnels, dont elle aurait, d'après le contrat de mariage, la jouissance et l'administration ; car nous savons que, lors même que le mari ne serait pas interdit, la femme est alors dispensée de la nécessité de l'autorisation (*supra*, n° 154).

Restent donc seulement, en dernière analyse, deux questions en ce qui concerne ses biens personnels :

1° Peut-elle seule ester en jugement, soit en demandant soit en défendant, dans le cas où un tuteur le pourrait, par exemple dans les matières mobilières ? (Art. 464.)

2° Lorsqu'il s'agit d'actes qui excèdent les limites de l'administration, quelle marche doit-elle suivre ? Est-ce l'autorisation du conseil de famille et aussi,

suivant les cas, l'homologation du tribunal, qu'elle doit demander ? n'est-ce pas plutôt l'autorisation de justice, aux termes de l'article 222 ?

Sur le premier point, M. Duranton enseigne que la femme n'a pas besoin d'autorisation (t. III, n° 754). — Mais pourtant la femme mariée ne peut jamais ester en jugement sans l'autorisation de son mari ou de justice (art. 215) ; or, ici, elle agit en son propre nom et pour son compte personnel ; ce n'est pas comme tutrice du mari qu'elle plaide (nous le supposons) relativement à ses biens propres ; donc, il faut, si le mari est interdit, recourir du moins à l'autorisation de justice. Cet argument me paraît en forme ; et je conseillerais, en pareil cas, de prendre cette précaution. Je n'en reconnais pas moins combien la solution de M. Duranton est spécieuse et même, en soi, raisonnable. La femme pourrait plaider seule et sans aucune autorisation sur les intérêts mobiliers de son mari ; et il semble étrange qu'elle n'ait pas alors le même pouvoir en ce qui concerne ses biens personnels ; mais je viens d'exprimer le motif juridique de cette différence.

Sur le second point, je n'hésite pas à penser que la femme devra obtenir l'autorisation de justice conformément à l'article 222. Il est vrai que lorsqu'il s'agit des biens du mari ou de la communauté, c'est l'autorisation du conseil de famille ou l'homologation du tribunal qu'elle doit demander ; mais, dans ce cas, elle agit comme tutrice, tandis que pour les actes de disposition de ses biens personnels, le mari n'ayant pas le droit de les faire, ce n'est pas au nom du mari qu'elle les fait, c'est en son propre nom ; donc, il lui faut l'autorisation de justice

228. — Nous venons de parler de l'interdiction et de la minorité du mari.

Mais est-ce donc que l'interdiction et la minorité de la femme ne pourraient pas aussi modifier à quelques égards les règles de l'autorisation maritale?

La loi ne s'en est pas expliquée; l'article 221 nous dit bien que, lorsque le mari a été condamné à une peine afflictive ou infamante, la femme, *même majeure*, doit obtenir l'autorisation de justice. Mais, d'abord, ce n'est pas là une disposition spéciale; on pourrait même reprocher à ce texte cette phrase incidente, qui ferait presque supposer que la femme majeure n'aurait pas besoin d'autorisation de justice, dans le cas d'absence, de minorité et d'interdiction du mari (comp. art. 222-224); et certes rien ne serait plus faux! En second lieu, la loi ne nous apprend pas ce qui devra avoir lieu, si la femme est mineure, et si l'autorisation du mari ou de justice sera toujours alors suffisante.... Examinons donc:

Et d'abord je suppose que la femme est interdite. Si le mari est tuteur, point de difficulté; il faut appliquer les règles ordinaires de la tutelle.

Mais c'est au contraire une situation fort délicate que celle dans laquelle la femme interdite aurait pour tuteur un tiers autre que son mari. La loi ne l'a point prévue, sans doute parce que le mari étant, de droit, tuteur de sa femme interdite (art. 506), elle ne se présentera que très-rarement. Mais le mari a pu être excusé, ou exclu, ou destitué de la tutelle; l'hypothèse, quoique peu fréquente, est assurément très-possible, et s'est même réalisée. Eh bien! comment la régler?

Les actes que la femme elle-même aurait pu faire seule avant son interdiction, soit en vertu du contrat de mariage, soit en vertu d'une séparation de biens judiciaire, ces actes, dis-je, le tuteur pourra aussi les faire seul, comme mandataire légal de la femme.

Mais quant à ceux pour lesquels la femme aurait dû obtenir l'autorisation de son mari ou de justice, le tuteur sera-t-il soumis à la même obligation? l'affirmative aurait l'avantage, précieux assurément, de ne pas rendre le mari tout à fait étranger désormais à la gestion, à la conservation de la fortune de sa femme, tandis que l'opinion contraire le mettrait à l'écart complétement; et cette solution paraît avoir été consacrée, du moins implicitement, par la Cour de Montpellier, dans une espèce où l'on avait nommé pour conseil judiciaire à une femme mariée une personne autre que son mari : « Considérant que la nomination d'un conseil judiciaire ne porte aucune atteinte à l'autorité maritale, et la laisse subsister dans toute sa force pendant le mariage... » (14 déc. 1841, L... C... L..., Dev., 1842, II, 310.) Ce qui suppose, comme on le voit, que l'autorisation du mari serait alors requise concurremment avec l'assistance du conseil (ajout. Cass., 9 mai 1829, de Beaudre, Sirey, 1829, I, 278). — Pourtant n'est-il pas bien difficile de faire marcher ici de front ces deux ordres de conditions? Un point est certain en effet, c'est que les pouvoirs du tuteur de la femme interdite sont déterminés par les règles ordinaires de la tutelle (art. 509); or, précisément ce principe va se trouver atteint et fort compromis, si vous maintenez, encore et en outre, la nécessité de l'autorisation du mari ou de justice. Ainsi le tuteur peut plaider sans autorisation pour les intérêts mobiliers de l'interdit (comp. art. 464, 509); l'obligerez-vous néanmoins dans ce cas à obtenir l'autorisation du mari de la femme interdite ou de justice? (Art. 215). Et dans les autres cas, faudra-t-il, quand l'autorisation du conseil de famille suffit au tuteur, qu'il obtienne de plus l'autorisation du mari? La Cour d'Amiens ne l'a pas pensé :

« Considérant que l'autorisation du mari exigée par ces articles (215-217), ne s'applique qu'au cas où la femme jouit de la plénitude de sa raison et agit elle-même;

« Mais qu'il n'en est pas ainsi, quand la femme est interdite, puisque, aux termes de l'article 509, elle est purement et simplement assimilée à un mineur...; que, dès lors, toute l'autorité du mari, relativement aux biens de la femme, a été transportée au tuteur...;

« Qu'il serait contraire à toute raison de créer, par rapport à ses biens, deux autorités rivales et souvent inconciliables, celle du tuteur et celle du mari.... » (29 déc. 1825, Demarly, Sirey, 1826, II, 199.)

Et il semble, en effet, résulter du texte même des articles 215 et 217, et de tous les autres (219-225) que c'est *la femme* elle seule, *la femme* agissant elle-même qui est soumise à la nécessité de l'autorisation du mari ou de justice.

229. — En cas de minorité de la femme, de deux choses l'une :

Si le mari est majeur, il est encore aujourd'hui, comme disait autrefois Lebrun, *le curateur-né* de sa femme (*de la Communauté*, liv. II, chap. I, sect. II, n° 10). Telle était effectivement la disposition de presque toutes nos coutumes (Pothier, *de la Puiss. du mari*, n° 31; *Introd. au tit.* X *de la Cout. d'Orléans*, chap. VII, § 1, n° 152); et si le Code Napoléon ne la consacre pas dans un texte exprès, il la suppose du moins certainement (art. 2208). Rien d'ailleurs n'est plus naturel ni plus raisonnable (arg. des articles 442-1°, et 506). Le mari donc, en pareil cas, autorisera sa femme comme mari, et, de plus, l'assistera comme curateur dans tous les actes où cette assistance est nécessaire au mineur émancipé (art. 480-482). S'il

refuse ou s'il est dans l'impossibilité de donner son autorisation, il sera nommé par le tribunal un *tuteur*, ou plutôt un curateur à la femme. Ce mode de procéder, indiqué par l'article 2208 pour les cas d'une poursuite en saisie immobilière, dirigée contre la femme, est évidemment applicable à tous les autres cas. Quant à ceux des actes pour lesquels l'assistance du curateur ne suffit pas au mineur émancipé, il faudra suivre alors les formes ordinaires, et recourir, suivant les cas, à l'autorisation du conseil de famille, et à l'homologation du tribunal.

Si le mari lui-même est aussi mineur, il n'est pas alors le curateur de sa femme; mais il ne paraît pas non plus qu'il y ait lieu, dans ce cas, de nommer à la femme émancipée par le mariage, un curateur permanent. L'article 2208, en effet, prévoyant précisément le cas de minorité du mari et de la femme, suppose, pour chaque affaire particulière, la nomination spéciale d'un tuteur *ad hoc*. Nous reviendrons au reste sur ce point, au titre de l'émancipation.

230. — On a toujours pensé, sauf un petit nombre de dissidents, que la cession de biens ne rend pas le mari incapable d'accorder à sa femme l'autorisation. (Lebrun, *de la Comm.*, liv. II, chap. I, sect. II, n° 16). Il doit en être ainsi de la faillite (Bordeaux, 18 mars 1828, Biot, Dev., 1828, II, 125; Cass., 6 juin 1831, Blondeau, D., 1831, I, 311; *voy.* notre t. I, n° 138).

231. — Mais pourtant est-ce à dire que les hypothèses qui précèdent soient les seules dans lesquelles l'autorisation de justice est nécessaire à la femme? Est-ce que, par exemple, cette autorisation n'est pas encore requise :

Soit lorsque la femme s'oblige envers un tiers dans l'intérêt de son mari;

Soit lorsqu'elle contracte directement avec lui?

Est-il possible que le mari lui-même soit alors capable d'autoriser sa femme?

Nous touchons à un ordre de principes de la plus haute importance; il s'agit d'apprécier l'un des effets les plus intéressants et les plus essentiels du mariage : la capacité respective des époux l'un envers l'autre.

Et d'abord, c'est à dessein que, dans la position même de la question, j'ai déjà distingué deux hypothèses :

1° Celle où la femme s'oblige envers un tiers dans l'intérêt du mari;

2° Celle où le contrat se passe directement entre le mari et la femme.

L'une et l'autre hypothèse ont sans doute beaucoup d'affinité; mais elles ne sont pourtant pas absolument semblables, et la seconde, à mon gré, présente beaucoup plus de difficultés que la première; je vais donc, avant tout, m'expliquer sur celle-ci.

232. — On avait, dans les premiers temps de la promulgation du Code Napoléon, prétendu que la femme ne pouvait s'obliger dans l'intérêt de son mari, même envers un tiers, qu'avec l'autorisation de la justice : 1 On invoquait la maxime : *nemo potest esse auctor in rem suam* (Inst., lib. I, tit. XXI, § 3); le mari chargé de protéger sa femme ne saurait remplir ce devoir, lorsqu'il se trouve personnellement intéressé dans les obligations qu'elle contracte, et surtout lorsqu'elle ne s'oblige que pour lui et dans son seul intérêt. Il y aurait là par trop d'abus et de dangers! 2° Aussi l'article 1427 suppose-t-il que c'est l'autorisation de justice qu'il faut alors obtenir : « La femme ne peut s'obliger ni engager les biens de la communauté, même pour tirer son mari de prison, ou pour l'établissement de ses enfants, en cas d'absence du mari,

qu'après y avoir été autorisée par justice. » Ainsi il ne s'agit pas seulement d'une règle particulière au régime de la communauté; cet article est général; il prononce contre la femme l'incapacité *de s'obliger.... même pour tirer son mari de prison sans y avoir été autorisée par justice* (Turin, 17 déc. 1808, Pansoja, Dev., 1810, II, 17).

Mais cette doctrine n'a pas prévalu, et ne devait pas en effet prévaloir :

1° Je vais tout à l'heure examiner si la maxime : *nemo potest esse auctor in rem suam*, est applicable au mari dans ses rapports avec sa femme; et je crois que nous reconnaîtrons que le Code Napoléon n'a pas exigé l'autorisation de justice, même lorsque la femme traite directement avec son mari, sans s'obliger envers un tiers; or, s'il en est ainsi dans ce cas, à plus forte raison l'autorisation du mari doit-elle suffire, lorsque la femme contracte avec un tiers, même dans l'intérêt de son mari; à plus forte raison, dis-je : d'abord, parce qu'à certains égards, le danger peut paraître moindre, la présence d'un tiers dans le contrat étant une garantie, telle quelle du moins, en faveur de la femme, contre l'abus de l'autorité maritale, gênée peut-être et retenue par la présence de ce tiers, celui-ci fût-il même le complice du mari; en second lieu, parce qu'à supposer que la règle : *nemo potest esse auctor in rem suam,* fût applicable à ce sujet, il importe de remarquer que cette règle elle-même ne s'étendait pas au cas où la personne, qui assiste un incapable placé sous sa protection, ne devait profiter qu'indirectement de l'acte consenti par cet incapable :

« Quanquam regula sit juris civilis, *in rem suam* « *auctorem tutorem fieri non posse,* tamen tutor proprii « sui debitoris hæreditatem adeunti pupillo auctorita- « tem accommodare potest, quamvis per hoc debitor

« ejus efficiatur; prima enim ratio auctoritatis ea est, « ut hæres fiat; per consequentiam contingit ut debi- « tum subeat. » (L. 1 et 7, ff. *de Auct. et cons. tut.*)

De même ici on aurait pu dire que lorsque la femme traite directement et principalement avec un tiers, même dans l'intérêt du mari, ce contrat devait être, dans tous les cas, valable à l'égard du tiers, encore bien qu'il profitât au mari *per consequentiam.*

2° Quant aux textes du Code Napoléon, ils consacrent positivement la validité des contrats quelconques passés par la femme avec des tiers, sous la seule autorisation de son mari : — et l'article 217, qui déclarant la femme incapable de donner, d'aliéner, etc., sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit, la déclare par cela même capable, pour tous les cas sans distinction, avec le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit; — et les articles 218, 219 et suivants, qui déterminent les cas dans lesquels il y aura lieu à l'autorisation de justice, sans y comprendre celui où la femme s'oblige envers un tiers dans l'intérêt du mari; — et les articles 1419 et 1431, qui supposent en toutes lettres, que la femme s'est valablement obligée *avec le consentement du mari* dans son intérêt et *comme caution.* — Mais on oppose l'article 1427! — La Cour de Cassation a très-bien répondu « que, pour déterminer le véritable sens de cet article, il faut le conférer avec celui qui précède immédiatement; que par cet article (1426), il est dit que la femme non marchande publique ne peut engager les biens de la communauté, lorsqu'elle ne contracte qu'avec l'autorisation de la justice; que l'objet de l'article suivant (1427) est de dire, par exception à cette règle, qu'avec la seule autorisation de la justice, la femme peut valablement engager les biens de la communauté, lorsqu'il s'agit 1° de tirer son mari de pri-

son; 2° d'établir les enfants pendant l'absence du mari; que l'article 1427 étant évidemment réduit à cette disposition, ainsi qu'il résulte de son texte sainement entendu et de la discussion à laquelle il a donné lieu au Tribunat, il n'est aucun prétexte d'en conclure qu'il déroge au principe général posé dans les articles 217, 219 et 222, principe qui a existé de tout temps et qui est une conséquence inhérente à l'autorité martiale.... » (8 nov. 1814, Burghoffer, D., 1815, I, 37). On ne pourrait pas en effet entendre autrement cet article 1427 sans arriver à des résultats évidemment inadmissibles; car si le mari, en prison, ne pouvait pas autoriser sa femme à engager les biens de la communauté, il faudrait aller jusqu'à dire qu'il ne pourrait pas, à cet effet, les engager lui-même par une obligation personnelle. Or, qui doute que le mari en prison pourrait, afin d'en sortir, signer d'un trait de plume la ruine de la communauté? (Art. 1422.)

3° Cette doctrine me paraît donc, de tous points, justifiée; et j'ajoute qu'il y a aujourd'hui un motif de plus encore, un motif très-puissant de la maintenir; car elle a désormais aussi pour elle, outre sa vérité juridique, la consécration du temps et de l'expérience; elle est entrée profondément dans nos mœurs, dans nos habitudes, dans toute notre pratique; et on ne pourrait pas réagir contre un tel fait, sans jeter dans les familles et dans l'État la plus dangereuse perturbation (Gênes, 30 août 1811, Trengia; Colmar, 8 déc. 1812, Dame N....; Cass., 13 oct. 1812, Tabasso, D., *Rec. alph.*, t. X, v° *Mar.*, p. 135; Duranton, t. II, n° 471; Vazeille, t. II, n° 306; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 131; Massé et Vergé, t. I, p. 238; Demante, t. I, n° 300 *bis*, X.)

233. — C'est ainsi qu'il est maintenant reconnu que l'article 2144, qui soumet à certaines conditions

la restriction de l'hypothèque légale de la femme, que cet article, dis-je, n'est point applicable au cas où la femme consent au profit d'un tiers la cession ou la restriction de son hypothèque.

Et il n'y a même pas lieu de distinguer si la femme a un intérêt personnel à l'abandon qu'elle fait de son hypothèque, ou si elle n'y a aucun intérêt. Cette distinction s'était, à la vérité, d'abord produite; et si on déclarait l'article 2144 inapplicable dans le premier cas, c'est-à-dire lorsque la femme elle-même, déjà obligée envers un tiers, paraissait alors renoncer, dans son propre intérêt, à l'hypothèque légale, on voulait au contraire que l'article 2144 fût observé, lorsqu'aucune obligation préexistante de la part de la femme ne lui donnait d'intérêt personnel dans cette restriction (Cass., 9 janvier 1823, Désarbres, Sirey, 1823, I, 148; Paris, 11 déc. 1834, Durand-Saint-Amand, Dev., 1835, II, 14.)

Mais cette distinction même ne me paraît pas admissible : 1° parce qu'elle n'est pas efficace, et que rien ne serait plus facile que d'y échapper; la femme, en effet, s'obligerait d'abord pour son mari, puis céderait ensuite son hypothèque à ce créancier devenu le sien; l'obstacle n'est donc pas sérieux, et l'article 2144 serait toujours finalement écarté; 2° surtout parce que, je le répète, la femme, en présence d'un tiers avec qui elle contracte, est capable, dans tous les cas, avec la seule autorisation de son mari, lors même qu'elle contracterait directement, évidemment et uniquement dans l'intérêt de celui-ci! Pour le tiers, peu importe au profit de qui la femme contracte. Envers lui, dès que le mari l'autorise, elle est capable de contracter! (Art. 217, 1123, 1124, 1125, 1431). Tel est le principe que nous venons d'établir, et auquel l'article 2144 n'apporte aucune dérogation; car il ne s'ap-

plique qu'à une restriction qui s'opère uniquement entre le mari et la femme, sans l'intervention d'un tiers (Cass., 28 juillet 1823, Neuville, Sirey, 1823, I, 414; Cass., 24 janv. 1838, de Neuflize, Dev., 1838, I, 97; Lyon, 21 déc. 1840, Chizelle, Dev., 1841, II, 268; Paris, 28 août 1844, de Malherbe, Dev., 1844, II, 540; Cass., 30 juillet 1845, mêmes parties, Dev., 1845, I, 711; Troplong, *des Hypoth.*, t. II, art. 2144, n° 643 *bis.*)

234. — Mais supposons maintenant que l'affaire se passe uniquement entre le mari et la femme.

Le mari peut-il même alors autoriser sa femme, l'autoriser, dis-je, à contracter directement avec lui-même?

Cette question en amène nécessairement une autre, celle de savoir si les contrats entre époux sont permis ; ou plutôt, en réalité, ces deux questions n'en font qu'une : dans quels cas, comment et sous quelles conditions le mari et la femme peuvent-ils contracter ensemble?

Difficile sujet, plus pratique encore et plus important que difficile, qui intéresse au plus haut degré tous les époux, toutes les familles, et sur lequel néanmoins, à ce moment même, on ne trouve encore, j'ose le dire! qu'incertitudes et obscurités dans la jurisprudence et dans la doctrine. Plusieurs opinions très-différentes peuvent être présentées. Examinons leurs principaux moyens, pour proposer ensuite, nous-même, la théorie qui nous paraît être, sinon philosophiquement la meilleure, du moins celle que notre Code a consacrée.

235. — Une première opinion enseigne : 1° que les contrats sont en général permis entre mari et femme, excepté dans les cas où un texte de loi les défend; 2° mais qu'ils ne peuvent avoir lieu qu'avec l'autorisation de la justice.

Écoutons-la :

Tout autre système aboutit fatalement à des conséquences pleines de dangers ou plutôt tout à fait inadmissibles. Direz-vous, par exemple, que le mari peut autoriser sa femme à contracter avec lui-même? mais vous livrez alors, sans aucune garantie, toute la fortune de la femme au bon plaisir du mari ! vous légitimez d'avance tous les abus de l'autorité maritale! vous donnez enfin à chacun des époux un moyen très-facile de soustraire frauduleusement ses biens aux poursuites de ses créanciers personnels! — Direz-vous, en conséquence, que les contrats entre époux ne peuvent pas avoir lieu, même avec l'autorisation de la justice? mais vous retombez alors dans une autre exagération en sens inverse; et bien des embarras et des impossibilités vous y attendent! Non-seulement le Code Napoléon suppose que les époux peuvent contracter entre eux (*voy.* par exemple, art. 1577, 1595, 1451); et il ne les en a effectivement, par aucun texte, déclarés incapables; mais il faut bien, en vérité, que cela soit ainsi! Est-ce qu'un contrat entre mari et femme ne peut pas être quelquefois nécessaire? Faut-il créer là une situation sans issue, sans dénoûment possible pendant toute la durée du mariage, s'il arrive que des intérêts indivis, échus aux deux époux, exigent entre eux un arrangement quelconque? Et même, toute nécessité à part, convient-il d'élever entre eux, toujours et quand même, une telle barrièr e?

Ces deux théories extrêmes offrent donc toutes sortes d'embarras et de dangers; au contraire, rien de semblable, si vous permettez les contrats entre mari et femme avec l'autorisation de la justice. D'une part, les intérêts de la femme sont garantis; d'autre part, tout contrat devient possible, non-seulement

s'il est nécessaire, mais encore si la raison, la bonne foi, les convenances le rendent utile et désirable. Que cette doctrine soit la meilleure, la plus sage, cela est incontestable! Pourquoi donc ne pas l'adopter? — On objecte que le Code Napoléon n'exige point, en pareil cas, l'autorisation de la justice. — Mais d'abord la règle : *nemo potest esse auctor in rem suam,* n'est que l'expression d'une vérité absolue et si évidente qu'elle n'aurait pas même besoin d'être écrite! Est-ce qu'on peut jamais être juge, ou témoin, ou expert dans sa propre cause? Est-ce qu'il est possible de confier la protection d'une personne incapable à son propre adversaire, de confier le soin de sa défense à celui-là même qui l'attaque? (Art. 420.) Si le Code Napoléon en effet n'a pas textuellement exigé dans ce cas, l'autorisation de la justice, l'ensemble de ses dispositions n'en atteste pas moins que telle est alors la seule marche à suivre; car c'est l'autorisation de justice, que les textes mêmes exigent dans les cas par eux prévus, où l'autorisation du mari n'est pas suffisante. C'est ce qui résulte non-seulement des articles 219 et suivants, qui supposent le refus ou l'incapacité du mari, mais aussi des articles 1558 et 2144, qui exigent l'intervention de la justice dans les cas mêmes où le mari ne demanderait pas mieux que d'autoriser personnellement sa femme; mais la loi alors se défie de son autorisation, parce que son intérêt personnel est contraire à celui de sa femme; donc, tel est en effet l'esprit du Code Napoléon; donc, il y a lieu d'exiger aussi, par voie d'analogie, l'autorisation de la justice, toutes les fois que les intérêts du mari sont contraires à ceux de la femme, dans un acte qui ne se passe qu'entre eux.

Et on ajoute que cette proposition doit être surtout considérée comme vraie, dans le cas où la femme, au-

torisée d'abord par justice, voudrait ensuite renoncer, au profit de son mari, au droit exercé par elle en vertu de cette autorisation judiciaire. Comprenez-vous que le mari puisse lui-même autoriser sa femme à se désister, à son profit personnel, à lui mari! d'une action que la justice avait autorisé la femme à intenter, surtout lorsqu'il s'agit d'une action, que la femme en effet ne pouvait intenter qu'avec l'autorisation de la justice! (Art. 865 procéd.) Tous les motifs précédents se trouvent, en outre fortifiés alors par un motif nouveau : « Nihil tam naturale est quam eo genere quid-« quid dissolvere, quo colligatum est. » (L. 35, ff. *de Regulis juris;* Cass., 14 février 1810, Gonin, Sirey, 1810, I, 189; Cass., 13 octobre 1812, Tabasso, Sirey, 1813, I, 143; Paris, 16 mars 1839, Alléon, D., 1839, II, 115; Duranton, t. II, n° 473; Vazeille, t. II, n° 354; Fouquet, *Encyclop. du droit*, n° 24).

236. — Je reconnaîtrai volontiers que cette première opinion serait en effet la meilleure, et pourrait seule remédier aux inconvénients qu'elle reproche très-justement aux autres théories. Et pourtant, il ne m'en paraît pas moins impossible de l'adopter. Ces autres théories, qu'elle accuse, se liguent tout d'abord contre elle, sauf à se diviser ensuite, comme c'est l'ordinaire; mais, dans leur entreprise commune contre l'opinion qui précède, elles me paraissent avoir incontestablement l'avantage. Je crois, en effet, pouvoir démontrer que si le mari et la femme peuvent contracter ensemble (ce qui sera bientôt l'objet de notre examen), l'autorisation de la justice n'est pas, dans ce cas, nécessaire, et que la femme peut contracter alors sans aucune autorisation, ou, si vous l'aimez mieux, avec la seule autorisation de son mari lui-même, autorisation qui résulte nécessairement du concours du mari dans l'acte. Cette preuve, eh! mon

Dieu ! je l'ai déjà faite ; et ce qui est bien plus ! je l'ai faite avec le secours de ceux-là mêmes que j'ai à combattre en ce moment. Cette preuve, elle résulte, avant tout, des textes mêmes :

1° Aux termes de l'article 217, la femme, il est vrai, ne peut donner, aliéner, etc., sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit ; mais avec le concours ou le consentement du mari, la femme peut faire tous ces actes juridiques ; tel est le principe virtuellement écrit dans l'article 217 lui-même ; or, encore une fois, le mari, qui contracte avec sa femme, concourt dans l'acte et l'autorise ; donc, la femme est alors parfaitement habilitée et capable. C'est, comme on le voit, absolument le même argument par lequel nous avons établi plus haut (n° 232), d'accord avec la presque unanimité des auteurs et des arrêts, que la femme peut s'obliger envers un tiers dans l'intérêt et pourtant avec la seule autorisation de son mari. Aux articles du Code Napoléon sur ce point, il faut ajouter l'article 1 du décret du 17 mars 1809, qui déclare formellement que la femme mariée peut constituer un majorat en faveur de son mari, avec la seule autorisation de celui-ci : « La femme mariée peut « constituer en majorat en faveur de son mari et de « leurs descendants communs, les biens à elle propres, « *sans qu'il soit besoin d'autre autorisation que de celle* « *requise par l'article* 217 *du Code Napoléon.* »

2° L'autorisation maritale est en effet la règle ; l'autorisation de justice n'est au contraire que l'exception ; et la première est tout à la fois nécessaire et suffisante, à moins que la loi elle-même, par un texte spécial, n'ait exigé l'autorisation de justice. Quels sont les cas dans lesquels il y a lieu de recourir à cette espèce d'autorisation ? Le Code Napoléon les précise et les énumère : 1° lorsque le mari refuse son autorisation

(art. 219); 2° lorsqu'il est frappé d'une condamnation emportant peine afflictive ou infamante (art. 221); 3° lorsqu'il est interdit (art. 222); 4° lorsqu'il est absent (*ibid.*); 5° enfin lorsqu'il est mineur (art. 225). Les articles 865 et 878 du Code de procédure ajoutent que la femme ne peut former contre son mari une demande en séparation soit de corps, soit de biens, sans y être autorisée, non point alors par le tribunal, mais par le président; et c'est là en effet une hypothèse particulière (*supra*, n° 135). Tels sont, je le répète, les seuls cas dans lesquels l'autorisation de justice soit nécessaire ou plutôt même puisse valablement remplacer celle du mari ; or, la loi n'y a pas compris le cas où le mari contracte avec sa femme ; donc, ce cas est demeuré sous l'empire de la règle générale; donc, la femme est alors valablement autorisée par son mari.

3° Et maintenant, cette incapacité, qu'aucun texte ne prononce contre le mari, d'autoriser lui-même sa femme lorsqu'il contracte avec elle, cette incapacité est-elle nécessaire, essentielle? résulte-t-elle de la nature des choses, à ce point qu'elle n'aurait pas en effet besoin d'être prononcée par un texte? non, sans doute; car dans notre ancienne jurisprudence, il est certain que la maxime : *nemo potest esse auctor in rem suam*, n'était point appliquée au mari dans ses rapports avec sa femme. Voulez-vous savoir au contraire la controverse qui s'agitait sur ce point entre les auteurs? eh bien! beaucoup prétendaient que la femme, lorsqu'elle contractait avec son mari, n'avait pas nullement besoin d'autorisation, du moins de cette autorisation solennelle que rien, dans les autres cas, ne pouvait remplacer. Ainsi Ricard (*Traité du don mutuel*, n° 47); ainsi Lebrun, qui enseigne positivement que, « dans les cas où il est permis aux conjoints de contracter

ensemble, la femme n'a pas besoin d'autorisation. » (*De la Communauté*, liv. II, chap. I, sect. III, n° 39.) Pothier combat, il est vrai, leur opinion ; mais vous allez voir en quels termes : « Si un tuteur ne peut pas être *auctor in rem suam*, c'est que l'autorité du tuteur étant requise pour veiller à l'intérêt du mineur, un tuteur n'est pas propre à autoriser son mineur pour des contrats dans lesquels le tuteur a un intérêt contraire à celui du mineur; ce qui ne reçoit aucune application à l'autorisation du mari, qui n'intervient pas pour veiller aux intérêts de la femme, qui est capable d'y veiller elle-même, mais pour habiliter sa femme à contracter; or, il peut également l'habiliter pour un contrat qui intervient entre lui et sa femme, comme pour des contrats que sa femme fait avec des tiers; c'est pourquoi nonobstant l'avis de ces auteurs, il est plus sûr que le mari autorise sa femme dans les contrats qui interviennent entre lui et elle. » (*De la Puiss. du mari*, n° 42; ajout. *Nouv. Denizart*, t. II, v° *Autor.*, § 2, n° 14.) Ainsi, les uns voulaient que le mari contractant avec sa femme, l'autorisât expressément; les autres se contentaient alors de son autorisation tacite; tel était l'unique objet du débat. Tous d'ailleurs reconnaissaient que l'autorisation maritale était suffisante; aucun ne demandait l'autorisation du juge. Aucun !... Je m'avance un peu trop; car Guy-Coquille, après avoir enseigné « que si la femme voulait disposer au profit de son mari, elle pourrait, en cette coutume, le faire et ne se dira que le mari ait été auteur *in rem suam*.... » Guy-Coquille reconnaît que d'autres *allèguent que le plus sûr est d'y employer le juge, qui prêtera autorité*.... (*Cout. de Nivernais, Droits des gens mariés*, art. 1.) Mais c'était là une opinion très-peu accréditée. Il est vrai qu'autrefois l'autorisation paraît n'avoir eu pour

but que d'empêcher la femme *d'avoir communication d'affaires avec autrui sans le congé de son mari* (*supra*, n° 114); d'où l'on concluait, qu'établie en faveur du mari, elle ne devait pas être *rétorquée* contre lui (*voy.* Lebrun, Pothier, *loc. cit.*); tandis que le principe de cette autorisation se propose en outre aujourd'hui la protection des intérêts matrimoniaux. J'en conviens; mais il faut bien avouer aussi que la femme mariée ne saurait être assimilée au mineur; et que, dans le silence absolu des textes, on ne saurait considérer l'autorisation comme un acte de véritable tutelle que le mari serait incapable d'exercer lui-même dans ses rapports avec sa femme. On aurait pu le dire! d'accord!... peut-être même l'aurait-on dû! Mais enfin on ne l'a pas dit; et je viens, je pense, de démontrer que cette incapacité ne dérive pas de la nature des choses.

4° Il est d'ailleurs facile de répondre à l'objection tirée des articles 1558 et 2144. La permission de justice exigée par l'article 1558, pour l'aliénation de l'immeuble dotal, dérive en effet d'un tout autre principe que *l'autorisation;* il ne s'agit plus alors de l'exercice de l'autorité maritale, que la justice peut, dans certains cas, suppléer ou remplacer. Il s'agit d'une permission nécessaire aux deux époux, au mari lui-même comme à la femme (art. 1560) pour aliéner le bien que le contrat de mariage a déclaré inaliénable en l'affectant essentiellement aux besoins du ménage et de la famille. Et quant à l'article 2144, c'est là une exception qui prouve elle-même et qui confirme de plus en plus la règle; exception justifiée par le caractère particulièrement dangereux de l'abandon que la femme ferait alors à son mari. Aussi, voyez-vous qu'il ne s'agit pas là non plus d'une autorisation de justice, comme dans notre titre. Il y a procès, il y a

litige; le tribunal, à vrai dire, n'autorise pas; il juge! (Art. 2145; Cass., 3 juin 1834, Loisel, D., 1834, I, 205; Cass., 3 déc. 1844, le proc. gén. de Rouen, Dev., 1845, I, 14.)

Concluons donc que l'autorisation de justice n'est point nécessaire à la femme pour contracter avec son mari, et que cette autorisation serait toujours soit inutile, soit insuffisante : *inutile*, s'il s'agit d'un contrat permis par la loi entre époux; — *insuffisante*, s'il s'agit d'un contrat défendu. Qui soutiendrait, par exemple, que dans les trois cas où l'article 1595 permet le contrat de vente entre époux, la justice pourrait le défendre? Qui soutiendrait que dans tous les autres cas où le contrat de vente est défendu, la justice pourrait le permettre? personne, sans doute! Et cela est si vrai que M. Duranton lui-même, qui enseigne que la femme ne peut pas contracter avec son mari sans autorisation de justice, n'exige pas cette autorisation dans les trois cas où l'article 1595 permet la vente entre mari et femme (t. II, n° 473); mais cette concession même ne ruine-t-elle pas toute la doctrine de l'auteur? Je demande, en effet, pourquoi cette exception? où est le texte qui la consacre, si en effet la règle contraire existe? où en serait même le motif? Je n'admets donc, pour mon compte, aucune de ces distinctions (comp. Nîmes, 9 févr. 1842, Eymard, Dev., 1846, I, 604; Trib. civ. de Caen, 24 mars 1847; Grenoble, 11 mars 1851, Eymard, Dev., 1851, II, 627; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 238; Aubry et Rau, t. IV, p. 131; Demante, t. I, n° 300 *bis*, XI; Marcadé, *Revue critique de jurisprudence* 1852, p. 327).

Mais pourtant si la femme avait d'abord été autorisée par la justice, est-ce qu'elle pourrait, avec la seule autorisation de son mari, modifier ou même

abandonner le droit que cette autorisation judiciaire l'avait habilitée à exercer? Ma réponse est très-simple: la femme est-elle capable de traiter avec son mari lui-même de ce droit? de l'abandonner, de s'en désister? Si non, l'autorisation de justice ne saurait l'en rendre capable ; si oui, la justice elle-même ne saurait l'en rendre incapable. — *Nihil tam naturale est quam eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est!* — C'est là une maxime vraie en général, mais qui n'est écrite nulle part, du moins en termes absolus (art. 1134), et à laquelle il ne faut pas attacher plus d'importance qu'à toutes les autres banalités de cette espèce. Merlin, d'ailleurs, a très-bien remarqué que « de ces termes mêmes *eo genere*, il résulte clairement que pour dissoudre un acte qui a acquis toute sa perfection, il n'est pas nécessaire que la cause dissolvante soit de la même *espèce* que cet acte, et qu'il suffit qu'elle soit du même *genre*. » (*Quest. de droit*, t. IX, v° *Puiss. marit.*, § 4, p. 37.) Or, l'autorisation du mari est du même genre que l'autorisation de justice ; toutes les deux ont le même caractère; car l'autorisation de justice n'est requise qu'à défaut et en remplacement de l'autorisation du mari. Enfin, est-ce que si la femme avait été autorisée par justice à exercer un droit quelconque contre un tiers, est-ce qu'elle ne pourrait pas s'en désister avec la seule autorisation du mari? oui, sans doute; or, nous avons établi que si la femme peut en effet contracter directement avec son mari, elle n'a pas plus besoin alors d'autorisation de justice que lorsqu'elle contracte avec un tiers, même dans le seul intérêt du mari.

Il n'y a qu'un cas où la maxime : *nemo potest esse auctor in rem suam*, deviendrait applicable dans les rapports du mari avec sa femme. C'est celui où le mari traiterait avec sa femme mineure une affaire

pour laquelle celle-ci aurait besoin de l'assistance d'un curateur. Je crois alors moi-même que le mari ne pourrait pas en effet l'assister; mais remarquez que ce n'est même point là une exception; car ce n'est pas alors le mari qui est, à vrai dire, incapable d'autoriser la femme; c'est le curateur, qui ne peut pas prêter son assistance à la mineure émancipée.

La vraie, l'unique question est donc finalement de savoir si les contrats entre mari et femme sont défendus ou permis.

237. — Le droit romain et notre ancien droit français n'avaient pas, sur ce sujet, absolument du moins, les mêmes principes :

A. De nombreux fragments du Digeste témoignent qu'en règle générale, les contrats à titre onéreux étaient permis à Rome, entre époux : — la vente (L. 7, § 6, ff. *de Donat. inter vir. et ux.*); — le prêt à usage ou de consommation (même loi); — la société (L. 16, § 3, ff. *de Alim. vel cib. leg.*); — le dépôt, le mandat (L. 9, § 3, *in fine*, ff. *de Jur. dot.*); — le gage (L. 7, § 6, ff. *de Don. inter vir. et ux.*; etc.).

Il fallait seulement que le contrat fût fait de bonne foi et n'eût pas pour but d'éluder les règles sur les donations entre époux (L. 5, § 5, ff. *de Don. inter vir. et ux.*). Mais la simulation n'était pas présumée; et la loi voulait même qu'on se montrât, à cet égard, confiant et facile : « .... Non amare nec tanquam inter in« festos jus prohibitæ donationis tractandum est; sed « ut inter conjunctos maximo affectu et solam inopiam « timentes. » (L. 28, § 2, ff. *eod.*; *voy.* aussi Voët, *hoc. tit.*, n° 8).

B. « Notre droit français, dit Pothier, a été beaucoup plus attentif à prévenir tous les avantages indirects que des conjoints par mariage pourraient se faire

par les différentes espèces de contrats qui interviendraient entre eux pendant leur mariage, par lesquels ils transporteraient l'un à l'autre quelque chose de leurs biens. » (*Des Donations entre mari et femme*, part. I, chap. II, art. 1, n° 78.) Et pour arriver à ce but, la plupart des coutumes défendaient tous les contrats entre époux :

L'article 410 de la coutume de Normandie portait : « Gens mariés ne peuvent céder, donner ou transporter « l'un à l'autre quelque chose que ce soit, ni faire con- « trats ou concessions par lesquels les biens de l'un « viennent à l'autre, en tout ou en partie. »

L'article 27 de la coutume de Nivernais, chap. XXIII : « Gens mariés, constant leur mariage, ne peuvent con- « tracter au profit l'un de l'autre. »

L'article 226 de la coutume de Bourbonnais, chapitre X : « Le mari, durant le mariage, ne peut faire « aucune association, donation ou autre contrat avec « sa femme. »

Tel était le droit généralement suivi, même dans celles des coutumes qui ne s'en étaient pas aussi formellement expliquées. Dumoulin enseigne la même doctrine sur l'article 256, n° 5, de la coutume de Paris : « .... Nullum contractum etiam reciprocum facere « possunt, *nisi ex necessitate....* » (T. I, p. 908.) Je remarque toutefois ces derniers mots, qui prouvent que la prohibition n'était pas absolue ; et Basnage, en effet, reprochait à la coutume de Normandie « d'avoir parlé trop généralement en l'article 410, » puisqu'elle n'avait intention que de défendre les contrats qui seraient faits en fraude et pour se faire avantage l'un à l'autre (*Comm.* sur l'article 411, t. II). Lebrun dit même plus explicitement encore que « rien n'empêche qu'un mari et une femme séparés contractent l'un avec l'autre, pourvu qu'ils ne se donnent directement ni

indirectement. » (*De la Communauté*, liv. II, chap. I, sect. III, n° 36.)

On voit donc que tout ceci n'était pas finalement très-net ni très-arrêté dans notre ancien droit.

238. — Cette espèce d'indécision s'est prolongée jusque sous l'empire du Code Napoléon; et quelle que soit la thèse qu'on veuille encore aujourd'hui soutenir, on aura pour soi, il faut bien l'avouer, des arguments très-sérieux.

Écoutez, par exemple, l'opinion qui enseigne que les contrats entre époux sont défendus, excepté seulement ceux qu'un texte de loi autorise :

1° Il vient d'être prouvé que si les contrats entre mari et femme étaient permis, l'autorisation de justice ne serait point nécessaire, et que l'affaire se passerait uniquement entre les deux époux; or, c'est là une première raison, une raison déjà décisive pour conclure qu'ils sont défendus. Vous ne pourriez en effet les permettre sans donner aussitôt libre carrière à tous les abus. La fortune de la femme serait ainsi livrée, sans aucune espèce de garantie ni de contrôle, à l'entière discrétion du mari.

2° Aussi, les textes mêmes du Code Napoléon prononcent-ils contre les époux l'incapacité de contracter l'un avec l'autre : l'article 1595 déclare que le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux, excepté dans trois cas, qu'il détermine ; or, les motifs essentiels qui ont dicté l'article 1595 s'appliquent à tous les autres contrats comme à la vente ; et si le texte ne parle que de la vente, c'est que ce contrat renferme et résume, pour ainsi dire, tous les autres, dont il est comme le type général ; donc, on ne pourrait pas, sans inconséquence, restreindre l'article 1595 au seul contrat de vente. Deux raisons capitales ont déterminé la disposition écrite dans l'article 1595 ; c'est Portalis lui-

même qui le dit dans l'exposé des motifs du titre de la vente :

D'une part, « il répugne que l'on puisse être à la fois juge et partie, *nemo potest esse auctor in rem suam.* Or, quand on autorise, on est juge; et on est partie quand on traite. On peut, comme partie, chercher son bien propre et particulier; comme autorisant, on ne doit travailler qu'au bien d'autrui. » Eh bien! ce motif n'est-il pas vrai pour tous les autres contrats comme pour la vente? il y a là deux rôles incompatibles, que le mari ne peut pas remplir en même temps; aussi, proposait-on tout à l'heure de faire intervenir la justice (*supra*, n° 235). Cette opinion avait raison, certes, de dire que le mari ne pouvait pas jouer ce double personnage; mais le remède qu'elle proposait n'était pas bon, et la loi en indique un autre plus énergique : le contrat sera défendu! C'est qu'en effet il n'y a de contrat qu'autant qu'il y a deux volontés, deux consentements; or, la volonté de la femme, dans ses rapports avec son mari, mais c'est la volonté du mari lui-même! Est-ce que la lutte d'intérêts est possible? Est-ce qu'il y a là cette indépendance avec laquelle chacune des parties doit pouvoir défendre ses intérêts?

D'autre part, « entre personnes si intimement unies, il serait bien à craindre que la vente ne masquât presque toujours une donation. » (Portalis.) Or, ce second motif n'est-il pas vrai aussi pour tous les autres contrats comme pour la vente? sans doute; et la loi ne saurait recevoir raisonnablement une autre interprétation. Est-ce que, par exemple, après avoir défendu la vente, vous pourriez autoriser l'échange (art. 1707) ou l'emphytéose?... ou le contrat de rente, soit perpétuelle, soit viagère?... ou même le simple prêt, avec ou sans intérêts, c'est-à-dire le contrat peut-être le

plus suspect et le plus dangereux de tous entre époux?... ou la transaction?... ou le désistement? Mais en vérité c'est plutôt *a fortiori* qu'il faut défendre ces sortes de contrats? car enfin la vente est une convention assez simple, et dans laquelle la fraude est facile à pénétrer. Mais une constitution de rente viagère, qui dépouillerait l'un au profit de l'autre, on peut le dire alors, sans équivalent! Mais une transaction, l'acte souvent le plus compliqué, qui peut si bien servir de masque aux avantages frauduleux! (Troplong, *Comm. des transactions*, art. 2045, 2046, n° 53.) Mais un désistement enfin, qui ne sera presque toujours en pareil cas, qu'une libéralité pure! Est-il possible de les permettre, quand on voit que la vente elle-même est défendue? N'y aurait-il pas bien plus encore que dans la vente, cette présomption si sage, que l'acte renferme un avantage surpris ou arraché par l'un à l'autre; ou que, si cet avantage est volontaire, on a voulu le rendre irrévocable? (Art. 1096.)

Il ne faut donc autoriser entre époux que ceux des contrats que la loi permet formellement, comme la vente ou plutôt la dation en payement dans les trois cas prévus par l'article 1595; les donations (art. 1096); le rétablissement de la communauté après séparation de biens (art. 1451); et aussi le mandat (art. 1577). La règle générale, c'est la prohibition, c'est l'incapacité. — Mais il faudra donc, direz-vous, différer jusqu'à la dissolution du mariage, le règlement des intérêts communs et litigieux peut-être, qui pourraient échoir au mari et à la femme. — Sans doute! et cela n'est pas un mal. Le moment n'est pas venu de faire ce règlement. Attendez donc! vous le pouvez sans crainte; car la loi qui vous empêche de le faire, suspend, entre vous, le cours de la prescription

(art. 2253). Cette doctrine enfin est morale; car il faut éviter le plus possible ces oppositions, ces conflits d'intérêts dans le mariage. Ils ne s'y produisent jamais qu'aux dépens de la bonne harmonie, et surtout de cette soumission et de cette confiance que la femme doit avoir envers son mari. Comment voulez-vous qu'elle soit soumise et confiante, quand vous l'appelez à traiter avec lui d'égal à égal, et à voir en lui un adversaire qui cherche à s'enrichir à ses dépens?

239. — Voilà certes une opinion sérieusement motivée! et pourtant il me paraît bien difficile de l'admettre.

D'abord, n'exagère-t-elle pas au delà de toute mesure l'incapacité de la femme dans ses rapports avec son mari? Cette union, si intime qu'elle soit, n'empêche pas apparemment qu'il n'y ait toujours, comme disait Toullier, *deux personnes distinctes tant au physique qu'au moral*, personnes ayant des biens et des intérêts différents (t. XII, n° 41). Est-ce que, par exemple, la femme ne peut pas plaider contre son mari?... Et même pour les contrats, est-ce que le Code Napoléon ne les permet pas entre époux, de l'aveu de tous, du moins dans certains cas? Or, si les dangers de cette situation étaient tels en effet que vous nous les représentez, si menaçants, si inévitables! ils auraient dû rendre impossible toute espèce de contrats entre époux, même les contrats les plus légitimes et les plus nécessaires. Vous me reprochez de permettre des contrats absolument semblables à ceux que la loi défend. Je puis vous répondre que vous défendez, vous, des contrats absolument semblables à ceux que la loi permet! car la loi permet même la vente entre époux, dans les cas où cette vente a une cause légitime; or, vous ne voulez permettre, hors de là, aucun autre contrat, au-

cun autre arrangement, quel qu'il soit, même le plus nécessaire et le plus légitime! donc vous allez plus loin que la loi; vous exagérez l'incapacité qu'elle prononce; et vous créez une situation sans issue. Mais ce n'est pas tout. Est-ce que pour les contrats mêmes qui n'ont pas ce caractère de nécessité, il ne sera pas souvent très-désirable que le mari et la femme puissent les faire entre eux? Sans parler du dépôt, du commodat et de tous ces autres contrats qui sont, avant tout, de bons offices qu'il est véritablement impossible de défendre entre époux, serait-il convenable de défendre le bail, par exemple, entre mari et femme? Faudra-t-il que la femme qui aurait une maison ou un domaine rural soit nécessairement forcée de les louer à un étranger, quand peut-être il serait de l'intérêt de toute la famille que le bail fût consenti par la femme au mari? Sans doute, la fixation des loyers ou des fermages établit, entre le preneur et le bailleur, une lutte d'intérêts, sous quelques rapports, semblable à celle qui résulte de la vente. Mais le bail n'en est pas moins certes un acte beaucoup moins grave, acte d'administration et non pas de disposition. Aussi voyons-nous que le tuteur, qui ne peut jamais acheter les biens du mineur, peut, sous certaines conditions, les prendre à ferme (art. 450); et de plus, lorsque c'est la femme qui est propriétaire et qui consent le bail à son mari, il ne s'agit là que de ses revenus, loyers ou fermages; or, le mal n'est pas grand toutes les fois que ce sont les revenus seulement de l'un qui profitent à l'autre, ou plutôt dont les deux époux profitent ensemble. La loi ne s'en inquiète pas, et elle a raison; car c'est la destination même des revenus d'être dépensés en commun, pour le plus grand bien-être du ménage (arg. des articles 1527 et 1578). Et le prêt lui-même, le prêt à intérêts n'aurait-il pas, dans beaucoup de cas, ses avan-

tages entre époux? Quand le mari a tant de moyens de s'emparer, sans titres et sans preuves, des capitaux de sa femme (art. 1450), pourquoi défendrait-on le prêt qui du moins constate la réception des deniers et l'obligation de les rendre ? Et si le prêt est possible, si les contrats principaux sont permis, pourquoi pas les contrats accessoires? pourquoi pas le gage et l'hypothèque? Tout ceci peut être sujet à des inconvénients sans doute; mais ces inconvénients sont compensés par de sérieux avantages; et en cet état, le meilleur parti me paraît être de suivre la doctrine qui a été le plus probablement adoptée par le Code Napoléon lui-même; or, ses textes me semblent annoncer qu'il a voulu permettre, en règle générale, les contrats entre époux, excepté ceux qu'il a spécialement défendus :

1° Aux termes de l'article 1123, « toute personne « peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapa- « ble par la loi; » or, aucune loi ne déclare la femme absolument incapable de contracter avec son mari; tout au contraire ! En effet, aux termes de l'article 217, la femme ne peut contracter sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit; mais avec ce concours ou ce consentement, elle peut contracter avec qui que ce soit, même avec son mari, puisque les articles 1123 et 217 ne font, à cet égard, aucune exception. C'est encore le même argument par lequel nous avons prouvé que la femme peut s'obliger, envers les tiers, dans l'intérêt et avec la seule autorisation de son mari; le même argument, par lequel nous avons prouvé que, si elle peut contracter avec son mari, elle n'a pas alors besoin de l'autorisation de justice; le même argument enfin, qui, s'il a produit déjà, comme je le crois, cette double preuve, doit nécessairement produire ici la troisième, qui en est le corollaire irré sistible. Aussi voyez combien d'articles du Code Napo-

léon reconnaissent la capacité respective des époux, et supposent entre eux la possibilité de plusieurs contrats : — les articles 1096 et 1097 pour les donations entre-vifs; — l'article 1435 pour l'acceptation par la femme du remploi que son mari lui offre; — l'article 1451 pour le rétablissement de la communauté, *du consentement des deux parties, par un acte passé devant notaire et avec minute;* — l'article 1577 pour le mandat; — l'article 1595 lui-même pour la vente dans certains cas.

2° On se récrie contre les dangers de cette doctrine : la femme n'a point de volonté ! voilà le désordre dans la famille ! vous provoquez les séductions, les menaces, etc. ! vous enrichissez l'époux égoïste et cupide, *deterior*, aux dépens de l'époux confiant et généreux, *melior!* (L. 3, p., ff. *de Donat. int. vir. et ux.*) — Ces considérations sont graves sans doute; aussi n'ont-elles pas échappé au législateur; il en a tenu grand compte, et voici comment :

Les contrats absolument dangereux, ceux-là du moins qu'il croyait tels, il les a prohibés, en effet, absolument : ainsi tout contrat qui dérogerait aux conventions matrimoniales sur la foi desquelles le mariage s'est formé (art. 1394, 1395, 1446); ainsi la vente, sauf dans trois cas (art. 1595); et, par conséquent aussi l'échange (art. 1707).

Les contrats, les actes qu'il était désirable de permettre entre époux, mais qui présentaient pourtant des dangers, il les a permis, mais en modifiant leur caractère ou en les entourant de garanties, afin précisément d'écarter ces dangers : ainsi la donation entre-vifs, qu'il a déclarée révocable (art. 1096, 1097); ainsi la restriction de l'hypothèque légale, que les articles 2144, 2145 soumettent à plusieurs conditions.

La loi elle-même a donc fait la part de ces objections; et on ne doit pas se montrer plus prévoyant ou

plus défiant qu'elle. C'est ainsi que la Cour de Paris a jugé, le 2 décembre 1820 (Oudet-Ducrouzot, D., 1823, II, 170), que la femme mariée pouvait, sans autorisation de justice, s'obliger valablement envers son mari pour cause de prêt; cet arrêt a été cassé, il est vrai, mais seulement pour défaut de motifs (Cass., 24 déc. 1822, Oudet-Ducrouzot, *Bulletin civ. des arrêts de Cass.*, t. XXII, n° 108, p. 365. Ajout. Cass., 6 mars 1827, Moreau, D., 1833, I, 303; Cass., 4 fév. 1846, Lutz, Dev., 1846, I, 553; Merlin, *Quest. de dr.*, t. IX, *Suppl.*, v° *Puiss. mar.*, § 4; Toullier, t. XII, n° 41; Zachariæ, t. III, p. 332; Duvergier, *de la Vente*, chap. I, sect. I, n° 176).

240. — Ma conclusion est donc que les contrats entre époux sont permis, sous les trois conditions suivantes :

1° Il faut que le contrat ne constitue point une vente, sauf les trois cas exceptés par l'article 1595.

Comment ces exceptions doivent-elles être entendues? c'est ce que nous examinerons au titre de la vente.

2° Il faut que le contrat ne constitue point une dérogation aux conventions matrimoniales (art. 1394, 1395).

Dans quels cas cette dérogation existera-t-elle?

La jurisprudence nous en offre plus d'un exemple (comp. Grenoble, 24 janv. 1826, Durand, D., 1826, II, 135; Cass., 23 août 1825, Renaud, D., 1826, I, 41; Bordeaux, 1er déc. 1829, Larue, Sirey, 1830, II, 66; Bordeaux, 6 avril 1830, Rault, D., 1830, II, 179; Caen, 14 nov. 1825, Lebourgeois, D., 1830, II, 76; Lyon, 17 déc. 1830, Mainu, D., 1832, II, 22; Grenoble, 8 mars 1831, Chollot, D., 1832, II, 60; Grenoble, 10 juill. 1841, Brochier-Sandre, Dev., 1842, II, 7; Cass., 18 mars 1846, de Monestrol, Dev., 1846, I, 332; *voy.* aussi Douai, 2 avril 1846, Testelin, Dev.,

1847, II, 413; Orléans, 20 janv. 1859, Vallée, Dev., 1859, II, 273).

C'est ce que nous examinerons d'ailleurs au titre du contrat de mariage, et aux titres du Code Napoléon relatifs aux diverses espèces de contrats. Nous rechercherons, par exemple, au titre de la société, si des époux séparés de biens par contrat de mariage, peuvent faire entre eux un contrat de société universelle (art. 1837-1840; comp. Duranton, t. XVII, n° 347; Duvergier, *de la Société*, n° 102; Zachariæ, t. III, p. 564; G. Massé, *du Droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens*, t. III, n° 317).

3° Enfin, il faut que le contrat ne constitue point une donation qu'on aurait voulu soustraire à la règle essentielle de révocabilité, écrite dans les articles 1096, 1097, et ne soit pas non plus un acte frauduleux au préjudice des créanciers personnels de l'un ou de l'autre des époux (art. 1167).

Dans quels cas cette dernière règle aura-t-elle été violée? ce sera là le plus souvent une question de fait, sur laquelle d'ailleurs nous reviendrons aussi avec plus de détails au titre des donations et du contrat de mariage.

Sous ces conditions et dans ces limites, je crois que les époux peuvent contracter ensemble. Bien des abus seront encore possibles; mais nous avons encore aussi une dernière et suprême garantie : je veux dire le droit, pour toute partie intéressée, d'attaquer le contrat et de dénoncer la fraude, de quelque espèce qu'elle soit (arg. de l'article 1595, *in fine*). Nous aurons donc toujours finalement, quand il le faudra, le contrôle du tribunal et *l'autorisation de la justice;* et puisque la loi ne l'exige pas *avant*, nous pourrons toujours, du moins, l'avoir *après*. Et c'est là, je le répète, une garantie puissante; car les tribunaux seront ainsi con-

stitués juges de la convention et des différents vices qui lui seraient reprochés, dol, surprise, simulation, ou tout autre, etc.

241. — Telle est la doctrine que je propose sur la question de savoir si les contrats entre époux sont permis.

On pourrait bien encore en présenter une autre, qui consisterait 1° à défendre, par voie d'analogie, les contrats qui se rapprocheraient le plus des contrats défendus par la loi elle-même; 2° et réciproquement à permettre les contrats les plus semblables aux contrats que la loi elle-même a permis. Ainsi, en vertu de l'article 1595, qui prohibe le contrat de vente, on prohiberait encore non pas seulement l'échange (art. 1707), mais le contrat de rente perpétuelle ou viagère, la transaction, et tout contrat enfin renfermant une aliénation de fonds, de capital; tandis qu'en vertu de l'article 1577, qui autorise le mandat, on autoriserait le bail ou tout autre contrat relatif seulement à l'administration et à la jouissance des biens. Cette théorie aurait l'avantage de ne point poser des règles absolues sur ce sujet si difficile et de laisser aux magistrats une grande liberté d'appréciation, suivant les circonstances. M. Duranton semblerait la proposer : « Excepté, dit-il, les cas dans lesquels la loi, par une disposition spéciale, permet le contrat de vente entre époux, et *peut-être quelques autres encore où la bonne foi ne saurait être révoquée en doute*, on doit tenir pour certain que, lorsque l'affaire se passe uniquement entre le mari et la femme, celle-ci n'est pas valablement autorisée, si elle ne l'est pas par la justice. » (T. II, n° 473.)

Je crains pourtant que ceci ne soit bien vague, bien incertain. Est-ce là une solution qui puisse servir de guide aux parties, aux jurisconsultes, aux magistrats? Est-ce enfin une théorie juridique?

242. — Je reconnais d'ailleurs que les contrats, entre mari et femme, dans les cas mêmes où ils sont permis, ne présentent pas la même solidité que les contrats entre étrangers. Le mal après tout n'est pas grand; il est lui-même un préservatif et un remède; et il est enfin inévitable. On ne pourra jamais faire que cette situation-là ne soit pas toujours, à beaucoup d'égards, exceptionnelle.

Néanmoins, je ne voudrais pas non plus trop généraliser cette proposition; et il ne m'est pas possible de me ranger à la doctrine professée par plusieurs jurisconsultes sur les caractères et les effets généraux des contrats entre époux.

Deux hypothèses peuvent se présenter :

Ou il s'agit d'un contrat permis *en droit*, entre mari et femme, et reconnu, *en fait*, sincère et sérieux; — et alors il me semble qu'il doit produire entre le mari et la femme, ses effets ordinaires, les mêmes effets en général qu'il produirait entre d'autres parties contractantes. Je ne vois pas en vertu de quel texte ou de quel principe on prétendrait dénaturer le contrat et en modifier les conséquences (art. 1577; Agen, 16 juill. 1833, de Sainte-Christie; Cass., 18 déc. 1834, mêmes parties, Dev., 1836, I, 849);

Ou il s'agit d'un contrat défendu entre mari et femme; — et c'est alors que nous rencontrons la doctrine que j'annonçais tout à l'heure :

Quel doit être le sort de ce contrat?

Toullier enseigne qu'il n'est pas nul; qu'il doit valoir comme donation déguisée, et que par conséquent il obtiendra tous ses effets, si les époux ne l'ont pas révoqué. Ainsi la vente faite entre époux, hors les trois cas d'exception déterminés par l'article 1595, « conserverait toute sa force, si le mari ne la révoquait point avant sa mort, parce que la jurisprudence a consacré

la validité des donations déguisées sous la forme d'un autre contrat. » (T. XII, n° 41.)

M. Troplong admet aussi, en partie du moins, ces principes : « La vérité est, dit le savant magistrat, qu'on ne saurait décider d'une manière absolue et par une règle invariable posée *a priori*, du sort des ventes dont il s'agit. Il peut arriver que les époux aient entendu dissimuler sous l'apparence d'un contrat onéreux, une véritable donation ; *nul doute alors qu'un tel acte ne vaille dans les limites et avec les conditions assignées par l'article* 1096. Mais il peut arriver aussi que les époux aient entendu faire une vente dégagée de tout esprit de donation, soit qu'ils aient voulu terminer de bonne foi des arrangements de famille, soient qu'ils aient cherché des moyens pour soustraire aux recherches des créanciers du vendeur, des biens dont la saisie était imminente. Comment dans un cas pareil, qui, il faut le dire, est le plus fréquent, pourrait-on maintenir, comme donation, un acte, où la volonté de donner ne serait pas intervenue ? » (*De la Vente*, t. I, art. 1595, n° 185.) Tel est également l'avis de M. Duvergier (*de la Vente*, chap. II, sect. I, n° 183 ; *voy.* aussi Grenoble, 30 juin 1827, Deinsa, D., 1828, II, 142).

Je n'admettrais pas, pour mon compte, une telle doctrine, même avec cette modification ; et il me semble qu'il faut toujours déclarer nul tout contrat à titre onéreux entre époux, dès qu'il s'agit d'un contrat défendu.

Je crois que, sous quelque point de vue qu'on l'envisage, ce contrat doit être annulé.

Le considérez-vous dans sa forme apparente, tel qu'il s'annonce, *ut sonat ?* il est nul, puisque nous supposons qu'il s'agit d'un contrat qui ne peut pas avoir lieu entre époux, d'une vente, par exemple.

Voulez-vous au contraire déchirer le voile? et sous le masque d'un contrat à titre onéreux, découvrez-vous une libéralité? la libéralité est nulle, aux termes des articles 931, 932; et vous ne pouvez pas la sauver en invoquant la jurisprudence qui a consacré la validité des donations déguisées sous la forme d'un autre contrat. Car, sans m'expliquer ici sur le mérite de cette jurisprudence et en l'acceptant même pour le moment dans toutes ses conséquences, il me paraît facile de prouver qu'elle ne peut, en aucune façon, vous secourir. Quel est en effet son principal motif ou plutôt quelle est sa base essentielle? c'est le dilemme que voici : ou l'acte est sincère, comme vente, et alors il est valable; ou il cache un avantage qui d'ailleurs aurait pu être fait ouvertement, et alors cet avantage indirect n'ayant rien de frauduleux, doit aussi être maintenu. C'est donc, en dernière analyse, une fin de non-recevoir, par suite de laquelle ceux qui n'allèguent point la fraude, ne sont pas même admis à dépouiller l'acte de la forme qui lui a été donnée; l'acte se présente comme une vente; et il est maintenu comme vente; mais dès lors il faut évidemment qu'il soit valable comme tel! Il faut que cette forme, qu'on lui conserve, soit légale; or, la vente entre époux est défendue; cette forme, cette espèce de contrat n'est pas valable entre eux; donc, l'acte, tel qu'il se présente, ne peut pas être maintenu. C'est la jurisprudence même qu'on invoque qui doit logiquement le faire périr.

Et voilà en effet ce que la Cour de Cassation a fort bien exprimé dans son arrêt du 13 mai 1817; « .... Vu les articles 931, 932, 1591 à 1595 du Code Napoléon. — Attendu que l'arrêt dénoncé n'a pas ordonné, par son dispositif, l'exécution pure et simple de la réserve d'usufruit faite en faveur de la défenderesse par son mari,

et qu'*en effet cette réserve était nulle, soit comme vente d'après les articles* 1582, 1591 *et* 1595, *soit comme donation d'après les articles* 931 *et* 932 *du même Code...* » (Mifflet, D., *Rec. périod.*, v° *Vente*, t. XII, p. 858; *voy.* aussi deux arrêts précités de la Cour de Grenoble, *supra*, n° 240.)

243. — Cette argumentation me semble tout à fait concluante ; elle serait plus irrésistible encore si le contrat passé entre les époux avait eu pour but de déroger à leurs conventions matrimoniales. On sait à cet égard la célèbre théorie de Toullier, qui enseigne que les dérogations au contrat de mariage, constituent des avantages entre époux, non pas nuls, mais seulement révocables ! (t. XII, n°s 35 et suivants.) Il était impossible de rétablir les véritables principes avec plus de vigueur et de convenance que ne l'a fait Demante (*Thémis*, t. VIII, p. 229). Aussi le système de Toullier n'a-t-il point eu de partisans. C'est qu'en effet, aux motifs qui précèdent, s'en ajoutent encore ici de nouveaux, que nous développerons plus tard, et particulièrement deux arguments tirés : l'un, de l'article 1451, qui porte « que toute convention par laquelle les époux (après une séparation de biens juciciaire) rétabliraient leur communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement, est nulle ; » — l'autre, de l'article 1097, qui défend aux époux de se faire « aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte ; » or, un contrat entre époux, qui dérogerait aux conventions matrimoniales, qui établirait par exemple une communauté à la place d'une séparation de biens, un tel contrat renfermerait toujours, éventuellement du moins, une donation mutuelle ; donc, il serait prohibé par l'article 1097, lors même qu'il ne le serait pas suffisamment par l'article 1395.

244. — Je me suis beaucoup étendu sur cette thèse des contrats entre mari et femme ; mais je pense que le sujet méritait bien ces développements. Un seul mot encore ; et je reviens à l'autorisation de justice.

Je disais tout à l'heure (n° 242) que le contrat entre mari et femme, lorsqu'il est permis, doit produire ses effets ordinaires. En faut-il conclure que des poursuites, des saisies, etc., soient possibles entre époux pendant le mariage, soit de la part du mari créancier de sa femme, soit de la part de la femme créancière de son mari ?

L'affirmative paraît incontestable, dans le cas de séparation de biens soit contractuelle, soit judiciaire, c'est-à-dire précisément dans la situation où les contrats entre époux peuvent le plus souvent avoir lieu. C'est ainsi que l'article 1444 n'accorde pas seulement à la femme la faculté d'exercer des poursuites contre son mari ; il lui en impose même l'obligation, sous peine de nullité de la séparation de biens par elle obtenue. Le mari a de son côté le même droit ; et il fallait bien, en effet, que les époux pussent alors exercer leurs actions réciproquement l'un contre l'autre, puisque la séparation prononcée par justice, entraîne la liquidation et le partage de la communauté (art. 1478, 1479).

Mais ce n'est pas d'ailleurs seulement à cette hypothèse que j'applique entre eux le droit réciproque de poursuite et de saisie ; il n'y a aucune raison pour ne pas l'admettre au profit de l'un contre l'autre, toutes les fois qu'en effet l'un est créancier de l'autre, pour quelque cause que ce soit, dans le cas où leurs biens sont séparés. Il est vrai que la prescription ne court point entre époux (art. 2253) ; mais cette suspension est fondée non pas précisément sur une impossibilité légale et absolue d'agir, mais bien plutôt sur des motifs de convenance, et sur la présomption que

beaucoup d'obstacles de fait pourront alors empêcher les poursuites.

245. — Mais c'est une question fort délicate que celle de savoir si des poursuites entre époux sont possibles, lorsque le mari a la jouissance et l'administration des biens de sa femme, soit sous le régime exclusif de communauté (art. 1530), soit sous le régime dotal (art. 1540-1549), soit surtout sous le régime de la communauté (art. 1401-1421).

Et d'abord, que la femme ne puisse point alors intenter une demande ou pratiquer une saisie contre son mari, cela ne me paraît pas douteux; car elle n'a pas l'exercice de ses actions (art. 1428), et elle ne pourrait le recouvrer que par un jugement de séparation de biens, qui nous replacerait alors dans l'hypothèse qui précède.

Si l'article 1595-2°, autorise la cession que le mari fait à sa femme, *même non séparée*, lorsqu'elle a une cause légitime, tel que le remploi de ses immeubles aliénés ou de deniers à elle appartenant, c'est là une simple faculté, un arrangement tout volontaire entre les époux; et l'on ne saurait en induire pour la femme, le droit certainement impossible d'exercer elle-même ses créances contre son mari, autrement que par une demande en séparation de biens.

Mais du moins le mari ne peut-il pas, lui! exercer même alors des poursuites sur les biens personnels de sa femme? n'a-t-il pas, enfin, un moyen quelconque de se faire payer actuellement, s'il est son créancier?

Non, pourrait-on dire; vous figurez-vous bien en effet une poursuite en expropriation des biens de la femme, à la requête du mari lui-même, administrateur de ces biens! (art. 1428.) Cela ne serait-il pas choquant? Aussi les textes témoignent-ils que tous les droits, créances, actions quelconques de l'un des époux

contre l'autre, non-seulement de la femme contre le mari, mais réciproquement du mari contre la femme, (cette réciprocité elle-même est très-juste !) que tout cela est renvoyé, ajourné sous le nom d'*indemnités*, de *récompenses*, de *prélèvements* (art. 1433-1437-1478), jusqu'au moment de la dissolution du mariage ou de la séparation de biens ; c'est qu'en effet tout cela fait partie de la liquidation et du règlement, qui ne peuvent avoir lieu que lors de la dissolution du mariage ou de la séparation. N'y aurait-il pas d'ailleurs beaucoup de dangers dans le système contraire ? Si le mari a, dès actuellement, le droit de poursuite sur les biens de sa femme, ses créanciers l'auront aussi de son chef et comme exerçant ses droits (art. 1166) ; or, cette intervention des tiers dans les rapports réciproques des époux, serait un inconvénient très-grave, dont nous voyons que la loi elle-même s'est préoccupée en refusant aux créanciers personnels de la femme le droit de demander, de son chef, la séparation de biens (art. 1446) : « Attendu que le créancier du mari ne peut avoir, de son chef, sur les biens de sa femme, plus de droits qu'il n'en a lui-même ; que le mari, qui fait des réparations aux biens de sa femme, et qui paye ses dettes, ne peut en répéter le montant qu'après la dissolution du mariage ou après la séparation ; que la liquidation des reprises ne peut avoir lieu pendant l'administration du mari ; qu'elle serait nulle à défaut de capacité et de liberté de la part de la femme.... » Ainsi l'avait décidé un jugement, qui ne paraît avoir été réformé par la Cour de Riom, que parce que, à l'époque où elle rendait son arrêt, la dissolution du mariage était survenue par la mort du mari (2 juin 1830, Basset, D., 1833, II, 243 ; Duranton, t. XV, n° 462 ; Teissier, *de la Dot*, t. II, p, 193 ; Bellot des Minières, t. II, p. 574 ; Zachariæ, t. III, p. 460). Enfin on pour-

rait ajouter encore que l'article 1595-3°, n'autorise la cession par la femme d'un de ses biens à son mari, dans le cas d'exclusion de communauté, que lorsque cette cession est faite « en payement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot ; » donc, la cession ne serait pas permise en payement de toute autre créance que le mari pourrait avoir contre sa femme.

Je ne saurais toutefois m'empêcher de trouver infiniment dure la position que cette doctrine fait au mari. Le voilà donc obligé d'attendre indéfiniment le recouvrement de ses créances même les plus légitimes et les plus certaines ! de l'attendre pour ne jamais peut-être en voir venir le jour, si c'est par son décès que le mariage doit se dissoudre ! — Ne dites pas que la femme ne peut pas non plus exercer ses créances contre son mari et que cette réciprocité est juste : la femme peut demander la séparation de biens ; et le mari ne le peut pas ! (Art. 1443.) Ainsi donc lors même qu'il aurait le plus grand besoin de ses ressources personnelles, elles seraient toujours et nécessairement paralysées dans ses mains pendant toute la durée du mariage. Or, ce résultat n'est-il pas très-fâcheux et véritablement inique ? Je conviens qu'il y aurait quelque chose d'étrange à voir, sous le régime de la communauté, le mari poursuivre lui-même l'expropriation des biens de sa femme ; et il est même vrai de remarquer que l'article 2208, qui règle le cas d'une expropriation forcée dirigée contre la femme, ne paraît pas supposer du tout la possibilité de cette hypothèse. Mais n'aurions-nous pas un autre moyen de procurer au mari son payement ? — Vous lui objectez sa qualité d'administrateur des biens de la femme ! — Eh bien ! c'est précisément dans cette qualité même, qu'on pourrait, je crois, trouver pour lui un secours. Comme administrateur, il doit pour-

voir aux moyens de payer les dettes personnelles de la femme; et si, par exemple, elle était débitrice d'un tiers, il me semble que le mari aurait le droit de demander au tribunal la permission de faire vendre les biens personnels de la femme, pour acquitter ses dettes, dans le cas où la femme elle-même ne voudrait pas y consentir (arg. de l'article 1558). Or, si la justice peut autoriser le mari à vendre les biens de la femme, afin de payer ses dettes envers les tiers, pourquoi ne pourrait-elle pas l'autoriser à les vendre afin de se payer lui-même, s'il est reconnu, en fait, que sa créance est légitime? Cette conséquence paraît d'ailleurs conforme à toutes les analogies du droit. Est-ce que le tuteur, créancier de son pupille, n'aurait pas le droit de se faire payer pendant la durée même de la tutelle? (Art. 420.) Est-ce que l'héritier bénéficiaire, créancier de la succession, ne peut pas poursuivre contre elle le payement immédiat de ses créances? (Art. 802, 803 C. Nap.; 996 procéd.) Pourquoi donc en serait-il autrement du mari dans ses rapports avec sa femme? Il est vrai que l'article 1478 déclare, « qu'après le partage consommé, si l'un des époux est créancier personnel de l'autre.... il exerce sa créance sur la part qui est échue à celui-ci dans la communauté ou sur ses biens personnels. » Mais n'est-ce pas seulement pour le cas et dans la supposition où l'époux créancier aurait usé de la *faculté* que la loi lui accorde (art. 2253) de ne pas poursuivre plutôt son payement?

Il ne faut pas, en effet, exagérer trop cette idée que tout ce qui concerne le règlement des droits respectifs des époux, est renvoyé au jour de la liquidation que produira la dissolution du mariage ou la séparation. Est-ce que les articles 1434 et 1435 sur les remplois ne prouvent pas le contraire? Est-ce que l'article 1595-2°, n'autorise pas la cession que le mari fait à sa

femme *même non séparée*, lorsqu'elle a une cause légitime? Il est vrai toutefois que le n° 3 de cet article 1595 ne permet la cession d'un bien par la femme à son mari, dans le cas d'exclusion de communauté, qu'autant qu'elle a pour cause le payement d'une somme promise en dot; mais c'est là une restriction dont il est vraiment impossible de se rendre compte; aussi avait-on d'abord supprimé le n° 3 pour rédiger le n° 1 de l'article 1595 en ces termes : « Celui où l'un des « époux cède des biens à l'autre en payement de ses « droits. » Et on ignore pourquoi ce changement n'a pas été maintenu (Fenet, t. XIV, p. 22, 23). Quoi qu'il en soit, tout ce qui en résulte, c'est que la dation en payement purement volontaire ne pourra pas avoir lieu, d'après l'article 1595. Mais je demande autre chose; je demande, pour le mari, la faculté d'obtenir l'autorisation de la justice; son autorisation, dis-je, non point pour habiliter la femme! (il ne s'agit pas de cela,) mais pour l'habiliter lui-même, lui, mari, à faire vendre, comme administrateur, les biens de la femme afin d'acquitter ses dettes. Or, il me semble que cette faculté aurait un grand avantage, sans présenter d'inconvénients sérieux. Elle aurait l'avantage de ne point laisser le mari dans la situation inique que j'indiquais tout à l'heure; et la nécessité d'une autorisation de justice répondrait à toutes les objections; car la justice n'autoriserait cet acte d'administration qu'autant qu'il lui paraîtrait légitime; et les créanciers du mari seraient soumis, comme le mari lui-même, à cette condition (comp. Aix, 9 janv. 1832, Castaing, D., 1832, II, 156, et D., 1823, II, 170, note 1).

246. — En général, la justice peut accorder son autorisation à la femme, dans tous les cas où le mari lui-même pourrait lui accorder la sienne.

247.—Il y a toutefois certains cas dans lesquels l'autorisation de justice ne peut pas remplacer celle du mari.

A. L'article 1029 est ainsi conçu :

« La femme mariée ne pourra accepter l'exécution « testamentaire qu'avec le consentement de son mari. « Si elle est séparée de biens, soit par contrat de ma- « riage, soit par jugement, elle le pourra avec le con- « sentement de son mari, ou, à son refus, autorisée « par la justice.... »

Donc, si elle n'est pas séparée de biens, il lui faudra nécessairement le consentement de son mari lui-même. Pourquoi cette différence ? c'est que l'exécuteur testamentaire n'est pas un mandataire comme un autre : 1° Il n'a pas été choisi par ceux-là mêmes dont il fait l'affaire. 2° Il ne peut pas être révoqué par eux, du moins sans des motifs légitimes, et par leur seule volonté. La loi a voulu, dès lors, que sa responsabilité fût sérieuse et efficace ; or, lorsque le mari a la jouissance des biens de sa femme, les engagements contractés par celle-ci sans son consentement, et même avec l'autorisation de la justice, ne peuvent pas, ainsi que nous le verrons, la lui enlever, et ils ne sont exécutoires que sur la nue propriété des biens de la femme. La loi a donc cru que cette garantie était insuffisante; et elle a déclaré que la femme dans ce cas, au refus du mari, serait absolument incapable d'accepter l'exécution testamentaire (Bourjon, *Droit comm. de la France*, t. I, p. 581).

Des motifs sur lesquels l'article 1029 est fondé, il me semble qu'il faut déduire ces deux conséquences :

1° Que l'autorisation de la justice ne pourrait pas non plus rendre la femme capable d'accepter l'exécution testamentaire, si les époux étaient mariés sous le

régime exclusif de communauté, ou sous le régime dotal avec constitution en dot de tous les biens présents et à venir; puisque, sous ces deux régimes, le mari a la jouissance de tous les biens personnels de la femme (art. 1530-1549).

2° Que cette autorisation, au contraire, pourrait habiliter la femme à accepter l'exécution testamentaire, sous quelque régime qu'elle fût mariée, si elle avait des biens paraphernaux. Cette proposition ne serait pas contestable, si, mariée sous le régime dotal, elle avait conservé tous ses biens comme paraphernaux (art. 1576). C'est alors, en effet, sous ce rapport, une vraie séparation de biens. Mais je crois même qu'il en serait ainsi, dans le cas où la femme n'ayant qu'une partie de ses biens comme paraphernaux, ces biens seraient considérés comme suffisants pour la garantie des parties intéressées.

Je conviens que le texte même de l'article 1029 ne fait pas toutes ces distinctions; mais il ne les repousse pas non plus absolument, et ses motifs essentiels les commandent sous peine d'inconséquence. Sa rédaction incomplète s'explique par ce motif qu'à l'époque où il a été fait, les auteurs du Code Napoléon ignoraient encore la détermination qui serait prise plus tard sur les régimes matrimoniaux.

B. Il ne paraît pas non plus que la justice puisse autoriser la femme à compromettre : aux termes de l'article 83-6° du Code de procédure, les causes des femmes *non autorisées par leurs maris*, sont sujettes à communication au ministère public; or, d'après l'article 1004 du même Code, on ne peut compromettre sur aucune des contestations qui seraient sujettes à cette communication.

248. — On discute encore beaucoup sur le point de savoir si le juge peut autoriser la femme à faire le

commerce, soit en cas d'absence ou d'incapacité du mari, soit même en cas de refus de sa part, et quel que soit le régime matrimonial et l'état personnel des époux, communauté ou séparation de biens, ou même séparation de corps.

La solution la plus conforme aux textes, ainsi qu'aux motifs qui les ont dictés, me paraît être celle qui ne permet, en aucun cas, à la femme de devenir commerçante, sans le consentement personnel de son mari :

1° L'autorisation maritale est la règle (art. 217); et l'autorisation de justice, l'exception; or, il résulte des articles 218, 219, 221, 222, 224 du Code Napoléon et 861 du Code de procédure, que l'autorisation de justice ne peut suppléer celle du mari, que lorsqu'il s'agit, pour la femme, d'*ester en jugement*, de *passer un acte*,... de *contracter*...; donc, il n'en est pas ainsi, lorsque la femme veut faire le commerce. L'article 220, placé au milieu même des autres articles, qui s'occupent de l'autorisation de justice, cet article 220 a uniquement pour but de régler l'effet des engagements commerciaux de la femme, et aussi de déterminer dans quels cas elle pourra être considérée comme marchande publique; mais il ne renferme pas un seul mot d'où l'on puisse induire que la justice pourra l'y autoriser. Et le Code Napoléon est, à cet égard, pleinement confirmé par le Code de commerce, article 4 : « La « femme ne peut être marchande publique, sans le con- « sentement de son mari. » Dira-t-on que le Code de commerce n'avait point à s'occuper de la manière dont la femme serait autorisée, et qu'il lui suffisait, en posant le principe de la nécessité de l'autorisation, de s'en référer, sur ce point, au Code Napoléon? On répondrait d'abord que le Code de commerce, au contraire, a voulu précisément, dans ces articles (2-7), déter-

miner lui-même les conditions de capacité nécessaires pour être commerçant; et, en second lieu, qu'en acceptant même ce renvoi au Code Napoléon, on a vu que, d'après ce Code, l'autorisation du mari lui-même est en effet indispensable. Les deux Codes sont donc tout à fait d'accord sur ce point, et se prêtent ainsi un mutuel appui.

2° Telle paraît bien avoir été effectivement l'intention des rédacteurs; car, dans la discussion (fort peu précise, il est vrai), à laquelle donna lieu l'article 4 du Code de commerce (Locré, *Législ. civ.*, t. XVII, p. 132-136), on fut surtout préoccupé de cette idée, qu'il fallait que le mari lui-même connût le commerce fait par sa femme; et il ne fut absolument rien dit de l'autorisation de justice. On peut raisonnablement expliquer d'ailleurs pourquoi, dans ce cas particulier, le juge ne saurait suppléer le consentement du mari : d'abord, si c'est chez le mari, et dans son habitation même, que la femme veut ouvrir une boutique, un magasin, etc., il est bien clair qu'on ne peut pas le forcer, contre son gré, à y consentir, la maison habitée par les époux fût-elle un propre de la femme. Le mari est le chef du ménage; c'est lui qui règle souverainement le genre de vie et les habitudes des époux et de la famille. En second lieu, et quand même la femme irait ailleurs ouvrir son comptoir, ou bien ne devrait avoir aucun établissement extérieur (cela n'est pas nécessaire en effet pour être commerçant, art. 1 C. de comm.), il y a toujours pour le mari un grand danger dans la qualité de commerçante, que prend sa femme; car elle peut, dès lors, s'obliger personnellement, et même aliéner et hypothéquer ses immeubles (art. 5-7 C. de comm.). Comment voulez-vous que la justice lui donne ce pouvoir-là, sous le régime de la communauté? personne ne soutiendrait que, dans ce cas, la

communauté et le mari seraient engagés eux-mêmes par les engagements commerciaux de la femme; or, la loi suppose partout (art. 220, 1426 C. Nap.; 5 C. de comm.) que la femme commerçante engage la communauté; donc, elle suppose, par cela même, qu'elle ne peut être commerçante qu'avec l'autorisation de son mari. Et pour le cas de séparation de biens, ou même de séparation de corps, le mari a toujours intérêt à la conservation de la fortune de sa femme; il lui importe donc toujours qu'elle n'acquière pas, sans son consentement, cette périlleuse capacité de commerçante, qui affecte son patrimoine et sa personne, qui l'expose à la faillite, à la contrainte par corps; capacité, d'ailleurs si étendue, que Demante (*Programme*, t. I, n° 224) a pu dire qu'elle soustrait, sous certains rapports, la femme à la puissance maritale (Bravard-Veyrières, *Manuel du droit comm.*, p. 17; Devilleneuve, *Dict. du contr. comm.*, v° *Femme*, n° 3; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 134; Massé et Vergé, t. I, p. 235, 236.)

Telle est, dis-je, l'opinion, selon moi, la plus juridique; mais je ne m'en dissimule pas toutefois les inconvénients. Je sais combien il pourrait être, en certains cas, désirable que la justice pût autoriser la femme à faire le commerce, comme, par exemple, si la famille était sans ressources, et si ce moyen, d'après les circonstances du fait, paraissait devoir lui en fournir et la faire prospérer peut-être, etc.

Cette considération me paraît même si puissante, que j'aurais peut-être compris une opinion adverse, qui serait venue nettement nous répondre que la justice peut toujours autoriser la femme à faire le commerce, non-seulement en cas d'incapacité, mais même en cas de refus du mari; non-seulement en cas de séparation de biens ou de corps, mais même en cas de

communauté : tel est, aurait-on pu dire, le droit commun; les textes sont-ils donc tels qu'ils commandent impérieusement une dérogation? et, quant aux inconvénients signalés, la justice les pèsera; elle examinera les circonstances, et n'accordera l'autorisation, comme toujours, qu'en connaissance de cause. Est-ce que cette garantie ne suffit pas? est-ce que cette faculté d'appréciation ne vaut pas mieux qu'une défense absolue, qui pourrait être quelquefois si nuisible à la femme, aux enfants, au mari lui-même?

Mais précisément on n'a pas proposé cette doctrine; et les opinions dissidentes se sont jetées dans des distinctions, raisonnables, si vous voulez, mais qu'il est difficile de ne pas considérer comme arbitraires.

Demandez-leur, par exemple, si elles permettent à la justice d'autoriser la femme à faire le commerce, *en cas d'absence ou d'incapacité du mari?* oui, répondront les uns, lors même que les époux seraient communs en biens. Car alors « l'autorisation de la justice ne sera pas la contradiction, mais, au contraire, une substitution à la volonté, présumée conforme, du mari. » (Marcadé, t. I, art. 220, n° 1; Duranton, t. II, n° 478.) — Mais la loi ne me paraît faire nulle part une telle distinction; et ce système d'ailleurs, en ne permettant jamais à la justice d'autoriser la femme, *en cas de refus du mari*, ne remédie pas aux inconvénients qui nous préoccupent; car les époux peuvent être séparés de biens, séparés même de corps; et le mari, fort mal disposé envers sa femme, lui refuse peut-être sans aucun motif son autorisation.

Aussi, voici venir une opinion qui, à son tour, nous dit : Lorsqu'il y a communauté de biens, jamais la justice ne peut autoriser la femme à faire le commerce, ni en cas de refus, ni même en cas d'absence ou d'incapacité du mari. Le mal n'est pas grand; si la famille

est sans ressources, si le mari ne remplit pas ses obligations, que la femme demande la séparation de biens! Et alors, non-seulement en cas d'absence ou d'incapacité, mais même en cas de refus de la part du mari, la justice pourra autoriser la femme à faire le commerce. Que peut craindre désormais le mari, puisque les biens sont séparés? (Paris, 24 oct. 1844, Lavocat, Dev., 1844, II, 581.)

On a même été plus loin, et on a proposé de ne permettre à la justice d'autoriser la femme à faire le commerce, qu'autant que les époux seraient séparés, non pas de biens seulement, mais de corps. Quand il n'y a que séparation de biens, reste toujours ce motif déduit de la communauté d'habitation et de ce droit, souverain pour le mari, de régler le genre de vie et les habitudes de sa femme; motif qui, on l'a vu, est un de ceux qui l'ont fait constituer seul juge du point de savoir s'il convient qu'elle soit commerçante. Mais, une fois la séparation de corps prononcée, rien n'est commun, ni les biens, ni l'habitation; et chacun alors est de son côté, pouvant employer son temps et pourvoir à ses ressources, comme bon lui semble. Et il serait d'autant plus fâcheux de soumettre alors la femme à la nécessité de l'autorisation personnelle du mari, que celui-ci ne la refuserait souvent peut-être que par esprit de vexation et de méchanceté (Caen, 8 juin 1846, Pichot, *Rec. de Caen*, 1846, p. 320; Paris, 7 juillet 1860, Serrigny, *Gazette des Tribunaux* du 20 juillet 1860; *voy.* aussi Demante, *Cours analyt.*, t. I, n° 302 *bis*, V.)

Voilà bien des distinctions; et tout en reconnaissant que la loi elle-même aurait pu, aurait dû peut-être les faire, je crains fort qu'elles ne soient inconciliables avec les textes dont j'ai tout à l'heure argumenté (*infra*, n° 324).

248 *bis*. — Les mêmes motifs me porteraient aussi à croire que la justice ne pourrait pas, en cas de refus du mari, autoriser la femme à publier des œuvres littéraires ou a faire représenter des œuvres dramatiques; car ce qui est alors principalement en question, ce n'est pas un intérêt pécuniaire, c'est la direction morale de la famille, c'est en un mot la puissance maritale elle-même; et chacun comprend les considérations de toutes sortes, pour lesquelles le mari peut très-légitimement s'opposer à cette publicité dont son nom serait atteint (comp. le *Droit* du 2 févr. 1855).

249. — Au reste, dans le cas où la femme est mineure, je ne crois pas non plus que son mari, même majeur, puisse, seul du moins, lui donner l'autorisation de faire le commerce. L'article 2 du Code de commerce est ainsi conçu : « Tout mineur émancipé « de l'un ou de l'autre sexe, qui voudra profiter de la « faculté que lui accorde l'article 487 du Code Napo- « léon, de faire le commerce, ne pourra en commencer « les opérations, ni être réputé majeur quant aux en- « gagements par lui contractés pour faits de com- « merce : 1° s'il n'a été préalablement autorisé par « son père, ou par sa mère, en cas de décès, absence « ou interdiction du père, ou à défaut du père et de la « mère, par une délibération du conseil de famille, « homologuée par le tribunal civil; 2° si, en outre, « l'acte d'autorisation n'a été enregistré et affiché au « tribunal de commerce du lieu où le mineur veut « établir son domicile. » Or, cette disposition est générale; elle s'applique à *tout* mineur émancipé *de l'un ou de l'autre sexe*, sans aucune distinction; donc, la femme mariée *mineure de dix-huit ans*, ne peut pas être autorisée à faire le commerce; donc, après l'âge de dix-huit ans, elle ne peut y être autorisée que suivant les conditions prescrites par cet article.

Objecterez-vous que l'article 4 du même Code de commerce s'occupe spécialement des femmes mariées, et qu'il en résulte, dès lors, que l'article 2 ne leur est point applicable? Direz-vous qu'il est, en effet, logique et convenable d'exiger, dans ce cas, l'autorisation du mari sous la puissance duquel la femme mineure se trouve désormais placée, et qui lui tient lieu de curateur (*voy.* n° 229), bien plutôt que l'autorisation du père ou de la mère de la femme; et qu'il faut, au contraire, se garder de provoquer entre le gendre et le beau-père ou la belle-mère des conflits déjà trop fréquents? — Je réponds que l'article 4 ne déroge pas à l'article 2. De ce que la femme mariée ne peut pas être commerçante, sans le consentement de son mari, il ne s'ensuit pas que ce consentement doive toujours lui suffire; et si cette femme est mineure, la généralité des termes de l'article 4 ne permet pas de l'affranchir des conditions qu'il exige également, en pareil cas, pour *tout* mineur de l'un ou de l'autre sexe. Et cela est fort sage; le mari ne peut pas seul autoriser sa femme mineure à vendre ou à hypothéquer ses immeubles; il y aurait là trop de danger pour la femme, pour la famille; et le mari pourrait ainsi, trop librement, dénaturer la fortune de sa femme et s'approprier ses capitaux! Il ne faut donc pas, tant que la femme est encore mineure, laisser au mari ce dangereux pouvoir, ni directement ni indirectement; or, il aurait ce pouvoir, s'il lui était permis d'autoriser seul sa femme à faire le commerce, puisque les femmes marchandes publiques peuvent engager, hypothéquer et aliéner leurs immeubles (art. 7 C. de comm.); donc, il est tout à la fois logique et prudent d'appliquer l'article 2 même à la femme mariée; donc, il lui faut, lorsqu'elle est mineure, outre le consentement de son mari, l'autorisation de son père ou de sa mère, ou

enfin celle du conseil de famille homologuée par le tribunal civil (Toulouse, 26 mai 1821, Viguier, Sirey, 1822, II, 38 ; Pardessus, *Droit comm.*, t. I, n° 63 ; Duranton, t. II, n° 476).

250. — Quelques observations maintenant sur les formes de l'autorisation de justice.

Et d'abord faut-il suivre le même mode de procéder dans tous les cas, quel que soit le but de l'autorisation demandée par la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter?

On aurait pu soutenir la négative. Écoutez, en effet, les textes mêmes :

Article 218 : « Si le mari refuse d'autoriser sa femme « à *ester en jugement*, le juge peut donner l'autori- « sation. »

Article 219 : « Si le mari refuse d'autoriser sa femme « à *passer un acte*, la femme peut faire citer son mari « directement devant le tribunal de première instance « de l'arrondissement du domicile commun, qui peut « donner ou refuser son autorisation, après que le « mari aura été entendu ou dûment appelé en la « chambre du conseil. »

Ainsi, le Code Napoléon ne réglait la forme de procéder que pour obtenir l'autorisation de justice à l'effet de *passer un acte* (art. 219). Quant à l'autorisation pour *ester en jugement*, il n'en déterminait point la forme (art. 218).

Il y avait là une omission, que l'article 861 du Code de procédure a eu précisément pour but de réparer :

« La femme, qui voudra se faire autoriser à *la pour-* « *suite de ses droits*, après avoir fait une sommation à son « mari, et sur le refus par lui fait, présentera requête « au président, qui rendra ordonnance portant per- « mission de citer le mari à jour indiqué, à la chambre « du conseil, pour déduire les causes de son refus. »

Cet article introduit, comme on le voit, un mode de procéder différent de celui que l'article 219 du Code Napoléon avait établi. Mais à quel cas s'applique-t-il ?

Au cas où la femme veut se faire autoriser à *la poursuite de ses droits*, c'est-à-dire au cas uniquement où elle demande l'autorisation d'*ester en jugement*. C'est qu'en effet l'article 861 du Code de procédure n'a eu pour but que de compléter l'article 218 du Code Napoléon, sans rien changer d'ailleurs à l'article 219 déjà très-complet par lui-même (Carré, *de la Procéd. civ.*, t. III, n° 2917; Demiau-Crouzilhac, p. 533).

Voilà l'argument de texte qu'on pourrait présenter à l'appui de cette distinction; mais cet argument n'a pas réussi et ne pouvait pas en effet réussir. Eh! pourquoi donc ici une différence? qu'importe le but et l'objet de l'autorisation demandée par la femme? n'est-ce pas une autorisation, qu'elle demande, dans tous les cas, à la justice? N'hésitez donc pas à dire que la forme aussi doit être toujours la même. Est-ce que, par exemple, avant le Code de procédure, on aurait pu faire une distinction? non, sans doute; dans le silence de l'article 218, on aurait dû suivre la forme indiquée par l'article 219; or, l'article 861 du Code de procédure est venu, depuis, introduire un mode de procéder meilleur et plus convenable; donc, ce nouveau mode doit s'appliquer aussi, dans tous les cas, comme celui que le Code Napoléon avait établi et qu'il remplace. — Mais l'article 861 ne parle que du cas où la femme veut se faire autoriser à *la poursuite de ses droits?* — Il est vrai que ces mots sont équivoques et sembleraient même favoriser l'opinion contraire; mais ils ne sont pas tels néanmoins qu'ils suffisent à créer une différence si absolument dépourvue de toute raison. Après tout, la femme qui demande

à la justice l'autorisation de contracter, ne demande-t-elle pas aussi à *exercer*, à *poursuivre* ses droits? Et puis, en cas d'absence ou d'incapacité du mari, est-ce que vous n'appliquerez pas, pour tous les cas sans distinction, les articles 863, 864 du Code de procédure? Il le faudra bien, puisque alors le Code Napoléon ne détermine lui-même aucune autre forme; or, si vous appliquez les articles 863, 864 du Code de procédure, quel que soit le but de l'autorisation demandée, il devient de plus en plus impossible de ne pas appliquer de même l'article 861. Appliquons-le donc toujours, sans permettre, en aucun cas, à la femme de citer *directement* son mari devant le tribunal. La forme de procéder établie par l'article 861 est trop sage pour que nous n'y reconnaissions pas une dérogation à l'article 219 (Merlin, *Rép.*, t. I, v° *Autor. mar.*, sect. VIII, n° 2; Proudhon et Valette, t. I, p. 469, note *a*; Zachariæ, t. III, p. 329; Fouquet, *Encyclop. du droit*, n° 79).

251. — Cela posé, voyons en quoi consiste ce mode de procéder, que nous venons de déclarer applicable dans tous les cas où la femme elle-même demande à la justice l'autorisation soit de plaider, soit de contracter. — Je dis : la femme elle-même; en effet, nons allons d'abord nous occuper du cas où c'est la femme qui sollicite cette autorisation. — Nous parlerons ensuite du cas très-différent, où c'est un tiers, demandeur contre la femme, qui veut la faire autoriser par justice, pour régulariser la procédure.

252. — A. *Du cas où l'autorisation de justice est demandée par la femme elle-même.*

Si son mari est capable et présent, elle doit, avant tout, le mettre en demeure d'accorder son autorisation; car nous savons que ce n'est qu'à son défaut, et en cas de refus de sa part, que la justice peut auto-

riser la femme (*supra*, n° 212). De là, la nécessité d'une sommation (art. 861 procéd.).

Et comme ce n'est aussi qu'en cas de refus injuste de la part du mari que le tribunal doit accorder son autorisation ; comme il ne doit jamais d'ailleurs l'accorder qu'après examen et en connaissance de cause, il faut que le mari soit appelé à expliquer les motifs de son refus et à éclairer ainsi le tribunal. De là, la nécessité d'une requête présentée par la femme au président, qui rend une ordonnance portant permission de citer le mari, à jour indiqué, en la chambre du conseil (art. précité).

Comment doivent être formulées la sommation que la femme adresse au mari, et sa requête au président? la loi ne le dit pas; mais la raison même l'indique. Il faut que la femme expose très-sommairement, dans l'une et l'autre, l'affaire dont il s'agit et les motifs pour lesquels elle demande l'autorisation.

Il semble aussi convenable de laisser un certain délai au mari, après la sommation, pour qu'il puisse examiner s'il doit accorder ou refuser son autorisation. Carré conseille de lui donner vingt-quatre heures (t. III, n° 2918). On comprend que dans le silence de la loi, c'est là un point de fait que les magistrats sont chargés d'apprécier.

253. — Mais comment faire, si le mari est absent ou incapable, c'est-à-dire lorsque la sommation est physiquement ou légalement impossible?

Le mari est absent? — « Dans le cas de l'absence « présumée du mari, ou lorsqu'elle aura été déclarée, « la femme, qui voudra se faire autoriser à la pour- « suite de ses droits, présentera également requête au « président du tribunal, qui ordonnera la communica- « tion au ministère public et commettra un juge pour « faire son rapport à jour indiqué. » (Art. 863 procéd.)

Dans ce cas, la femme doit joindre à sa requête « le jugement qui aurait été rendu pour déclarer l'absence, ou, à défaut de ce jugement, celui qui aurait ordonné l'enquête, ou, s'il n'y a point eu encore de jugement, un acte de notoriété.... » (Arg. des articles 156 Cod. Napol., et 864 procéd.)

Le mari est interdit? — « La femme de l'interdit se « fera autoriser en la forme prescrite par l'article pré- « cédent; elle joindra à sa requête le jugement d'inter- « diction (art. 864); » — ou, s'il n'est pourvu que d'un conseil judiciaire, le jugement qui lui a nommé ce conseil (*supra*, n° 226); — ou même, suivant les cas, le certificat constatant son entrée dans un établissement d'aliénés (*supra*, n° 225).

Le mari est frappé d'une condamnation emportant peine afflictive ou infamante? — Le Code de procédure ne s'en explique pas; mais il est évident qu'il faut suivre alors la même marche, d'autant plus que l'article 221 du Code Napoléon déclare que « le juge peut, en ce cas, donner l'autorisation sans que le mari ait été entendu ou appelé. » La femme n'a donc point de sommation à lui faire; elle doit seulement joindre à sa requête l'arrêt de condamnation.

Enfin, le mari est mineur? — Même silence du texte; mais silence cette fois un peu plus embarrassant. — Faut-il, dans ce cas, que la femme lui fasse une sommation? Faut-il que le président rende une ordonnance portant permission de le citer à la chambre du conseil? — Et d'abord, la sommation est-elle nécessaire? La réponse me paraît facile : quel est le but de cette sommation? c'est de demander l'autorisation au mari lui-même et de constater son refus (.... *et sur refus par lui fait*.... art. 861 procéd.); or, le mari mineur ne peut ni accorder, ni refuser l'autorisation (art. 224 C. Napol.); donc, la sommation est inutile et

même légalement impossible. — Mais du moins ne faut-il pas appeler le mari, même mineur, à la chambre du conseil et l'entendre? oui, pourrait-on dire : bien différent de l'interdit, et surtout du condamné à une peine afflictive ou infamante, le mari mineur, quoique ne pouvant pas autoriser lui-même sa femme, pourra souvent très-bien expliquer au tribunal les motifs qui doivent lui faire soit accorder, soit refuser cette autorisation; il connaît l'état de sa fortune et de ses affaires; il y a d'ailleurs toujours lui-même un intérêt plus ou moins direct; il exerce enfin, tout mineur qu'il est, la puissance maritale! (art. 214.) Aussi l'article 221 déclarant que, dans le cas de condamnation du mari à une peine afflictive ou infamante, le tribunal peut accorder l'autorisation, sans qu'il ait été entendu ou appelé, cet article démontre, *a contrario,* qu'il n'en est pas de même, en cas de simple minorité du mari. *Ainsi donc le mari mineur doit être consulté....* telle est la conclusion de MM. Toullier (t. II, n° 653) et Fouquet (*Encyclop. du droit*, n° 73). — Je n'accepte pas toutefois cette conclusion impérative : d'abord il me paraît résulter des articles 861, 864 du Code de procédure, que la nécessité de citer le mari à la chambre du conseil, n'est que la conséquence de la sommation qui a dû lui être adressée et du refus par lui fait; la preuve en résulte surtout de l'article 861; or, il n'y a pas lieu d'adresser une sommation au mari mineur; donc, il n'y a pas lieu de l'appeler. L'argument *a contrario* déduit de l'article 221 du Code Napoléon n'est pas concluant; car on a pu déjà reconnaître que ces divers articles (215, 225) ne sont pas d'une rédaction parfaitement pure et rigoureuse; c'est ainsi que ce même article 221 déclare que la femme, *même majeure*, a besoin de l'autorisation de justice, quand son mari est condamné à une peine afflictive ou infamante; les autres articles ne répètent

point ces mots; et pourtant voudriez-vous en conclure *a contrario* que la femme *majeure* d'un mari absent, mineur ou interdit, n'a pas besoin d'autorisation de justice? c'est ainsi que l'article 222 déclare que si le mari est interdit ou absent, le juge peut, *en connaissance de cause*, autoriser la femme.... Les autres articles ne répètent pas non plus ces expressions; et pourtant voudriez-vous en conclure *a contrario* que, dans le cas de minorité ou de condamnation du mari à une peine afflictive ou infamante, le juge ne doit pas accorder l'autorisation, *en connaissance de cause?* non, sans doute; donc, il y a, dans certains articles, des conditions qui, pour ne pas se retrouver dans les autres, n'en sont pas moins toujours applicables. Et puis, le mari mineur se trouverait alors dans une situation mixte, dans une sorte de demi-incapacité, que la loi ne me paraît pas admettre : incapable pour autoriser lui-même sa femme; capable, pour être appelé à s'expliquer devant la chambre du conseil; situation, qui pourrait être justifiée en raison, sans doute, mais qui, je le répète, n'est pas reconnue par la loi actuelle. Il ne me semble donc pas qu'il soit nécessaire légalement d'appeler le mari mineur. Tout ce qu'on peut dire, c'est que le tribunal a la faculté de l'entendre officieusement; et je reconnais d'ailleurs que l'exercice de cette faculté pourra être souvent convenable et utile (Carré, *de la Procéd. civ.*, t. III, p. 412, n° 2925; Vazeille, t. II, n° 348; Zachariæ, t. III, p. 331).

254. — C'est *au tribunal de première instance de l'arrondissement du domicile commun* (art. 219), c'est-à-dire du domicile du mari (art. 108) que la femme doit, dans tous les cas, demander l'autorisation.

L'article 218 ne s'en explique pas, il est vrai, comme l'article 219; et l'article 861 du Code de procédure garde aussi, sur ce point, le silence.

Mais nous avons reconnu que finalement le mode de procéder est le même, quel que soit le but de l'autorisation, qu'il s'agisse d'ester en jugement ou de contracter (*supra*, n° 250). Il n'y a non plus sous le rapport qui nous occupe, aucun motif de différence; et d'ailleurs à quel autre tribunal la femme pourrait-elle s'adresser? au tribunal devant lequel elle devrait porter l'action qu'elle se propose d'intenter? mais ce tribunal n'est pas encore saisi! mais il peut être fort éloigné! mais, sous tous les rapports, le tribunal du domicile du mari, qui sera (sauf le cas de séparation de corps) le domicile de la femme elle-même, ce tribunal est celui qui convient certainement le mieux à cette mission? (*Voy.* toutefois *infra*, n° 265.)

254 *bis.* — Nous disons : *sauf le cas de séparation de corps.*

Mais, si, les époux étant séparés de corps, la femme a un domicile différent du domicile du mari, quel sera le tribunal compétent?

L'article 819 ne paraît plus applicable alors, puisqu'il n'y a plus *de domicile commun.*

Aussi, croyons-nous que, dans les cas où, par exception, le tribunal statue sur l'autorisation demandée, sans que le mari doive être appelé (art. 221, 222), c'est le tribunal du domicile de la femme qui serait compétent.

M. Valette pense même que, lorsque la femme séparée de corps veut se faire autoriser par justice à intenter une action, il serait raisonnable de citer le mari devant le tribunal du domicile de la femme (comp. *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 122).

Cela semblerait, en effet, fort raisonnable, puisque, après tout, comme le dit notre savant collègue, le fond de l'affaire n'est pas un procès entre les époux, mais un acte de la juridiction volontaire ou gracieuse, sol-

licité par la femme, et pour lequel le mari n'est appelé qu'incidemment, afin de fournir des explications (comp. art. 862 et suiv. du Code de procéd.).

255. — « Le mari entendu, ou faute par lui de se « présenter, il sera rendu, sur les conclusions du mi- « nistère public, jugement qui statuera sur la demande « de la femme. » (Art. 862 procéd.)

Nous sommes en ce moment, comme on le sait (art. 861 procéd.), dans la chambre du conseil du tribunal, c'est-à-dire dans une salle distincte de l'auditoire et où le public n'est pas admis. Il s'agit en effet d'entendre les époux, leurs explications ou plutôt trop souvent leurs récriminations réciproques; il s'agit, s'il se peut, de les amener à s'entendre; or, on comprend que la publicité de l'audience pourrait avoir ici beaucoup d'inconvénients.

Cette procédure en autorisation est donc tout à fait exceptionnelle. C'est ainsi que le ministère des avoués et des avocats y est seulement facultatif (Fouquet, *Encyclop. du droit*, n° 78). Mais on a été trop loin, lorsqu'on a voulu prétendre que les époux ne devaient pas même l'employer, et qu'ils ne pouvaient pas se présenter à la chambre du conseil avec l'assistance d'un avoué ou d'un avocat. De ce que l'article 862 du Code de procédure déclare que le mari sera entendu, il n'est pas du tout nécessaire d'en conclure qu'il ne puisse pas faire présenter ses explications et ses moyens par son conseil; cette faculté est le droit commun, et quand la loi veut y déroger, quand elle veut, par exemple, que les époux eux-mêmes soient entendus personnellement, elle a soin de le déclarer d'une manière positive (art. 877 procéd.). Il y a ici d'autant moins lieu à une telle exception, que le ministère d'un avocat ou d'un avoué sera souvent très-utile aux parties, incapables peut-être d'expliquer elles-mêmes l'affaire dont

il s'agit, le pour et le contre, et tous les motifs qui doivent faire accorder ou refuser l'autorisation demandée par la femme; la présence d'un homme exercé aux affaires est même, sous ce rapport, désirable dans l'intérêt du tribunal et aussi de la bonne administration de la justice (Paris, 30 juin 1837, Lafonta, Dev., 1838, II, 163; Cass., 21 janv. 1846, la princesse de la Moskowa, Dev., 1846, I, 263).

256. — Nous sommes, dis-je, dans la chambre du conseil; et il n'est pas douteux que c'est là qu'il doit être procédé à l'audition des parties.

Mais les plaidoiries des avocats, s'il y a lieu? — mais les conclusions du ministère public, qui sont toujours, en cette occasion, nécessaires? (art. 83, 862, 864 procéd.) — mais le rapport du juge commis, dans l'hypothèse prévue par les articles 863, 864? — mais le jugement lui-même enfin?... tout cela doit-il encore se faire à la chambre du conseil? ou le tribunal, au contraire, ne doit-il pas se rendre à l'audience publique pour entendre les avocats, le procureur impérial, le rapport, et pour prononcer son jugement?

Les opinions sont partagées dans la doctrine, et il ne paraît même pas que la pratique soit, à cet égard, partout uniforme.

Pour soutenir que c'est à l'audience que tout ceci doit se faire, on pourrait invoquer le texte et ses motifs : 1° aux termes de l'article 187 du Code de procédure, « les plaidoiries seront publiques; excepté dans les cas où la loi ordonne qu'elles seront secrètes. » Aux termes de l'article 112, c'est aussi, en règle générale, à l'audience que le ministère public doit être entendu. Aux termes des articles 116 et suivants du même Code et de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810, les jugements doivent être prononcés publiquement; tel est le droit commun; or, aucun texte n'y déroge dans

l'hypothèse présente; donc, il faut s'y conformer. Aucun texte n'y déroge; car si l'article 861 du Code de procédure déclare que le mari sera cité à la chambre du conseil *pour y déduire les causes de son refus*, l'article suivant (862) ne renferme rien qui autorise à dire que, *le mari entendu*, on devra rester encore dans la chambre du conseil pour accomplir des actes pour lesquels le droit commun revendique la publicité de l'audience. Voyez même l'article 219 du Code Napoléon! est-ce qu'il n'en résulte pas que c'est à l'audience même que le mari doit être cité lorsqu'il a été préalablement entendu ou appelé en la chambre du conseil? 2° Il est d'ailleurs facile de comprendre cette différence entre les deux phrases distinctes de cette procédure. L'audition des parties elles-mêmes n'est encore qu'un simple essai de conciliation; elle peut d'ailleurs donner lieu à des explications animées et par trop personnelles; sous ce double rapport, il fallait éviter la publicité de l'audience. Mais rien ne s'y oppose plus, dès que l'essai de conciliation n'ayant pas réussi, l'affaire prend tout à fait la tournure d'un procès, et il en était effectivement ainsi en matière de divorce (art. 245 et 256 C. Napol.; comp. Cass., 23 août 1825, Charve, Sirey, 1826, I, 152; Nîmes, 9 janv. 1828, Portal, Sirey, 1828, II, 222; Cass., 10 fév. 1851, Duchemin, Dev., 1851, I, 202; Berriat-Saint-Prix, *Procéd. civ.*, t. II, p. 666, note 12; Marcadé, t. I, art. 219, n° 2).

Il me paraît néanmoins plus vrai de dire que toute cette procédure doit se continuer, jusqu'à son dénoûment, dans la chambre du conseil. Sans doute, les plaidoiries doivent être publiques; le procureur impérial doit être entendu à l'audience, et les jugements doivent aussi y être prononcés. Telle est la règle générale, la règle qu'il faut suivre, j'en conviens, à moins que la loi n'y ait, par exception, dérogé. Mais précisé-

ment il me semble que cette dérogation résulte ici soit du texte même, soit de ses motifs essentiels, soit enfin des déclarations positives des orateurs du gouvernement :

1° *Du texte même :* les articles 861, 862 du Code de procédure nous placent tout d'abord dans la chambre du conseil. C'est là que le mari doit être cité (art. 861); c'est là qu'il doit être entendu (art. 862); or, ce même article 862 ajoute immédiatement que le jugement sera rendu sur les conclusions du procureur impérial; non-seulement il ne dit pas que le tribunal, après avoir entendu le mari, rentrera à l'audience; mais il suppose évidemment le contraire, en présentant toute cette procédure comme un ensemble d'actes successifs et liés, pour ainsi dire, l'un à l'autre; donc, d'après ces articles mêmes, le procureur impérial doit conclure et le tribunal prononcer son jugement dans cette même chambre du conseil où ils se trouvent. Bien différents sont les articles 245 et 246 du Code Napoléon, que l'opinion contraire invoque! L'article 241 avait d'abord déclaré que le demandeur en divorce ferait citer le défendeur à comparaître *à l'audience à huis clos.* Puis les articles précités venaient ensuite rouvrir l'audience publique; tandis que, encore une fois, nos articles 861 et 862 ne disent rien qui puisse même faire supposer que cette procédure commencée à la chambre du conseil doive s'achever à l'audience.

2° Et les motifs essentiels de la loi ne paraissent pas, en effet, permettre qu'il en soit ainsi! De quoi s'agit-il? d'une affaire toute domestique, d'un dissentiment entre le mari et la femme sur le point de savoir s'il y a lieu d'accorder à celle-ci l'autorisation qu'elle demande; or, la publicité, dans ce cas, ne serait pas seulement inutile, elle pourrait avoir les plus fâcheux résultats. Car les époux vont être obligés peut-être de

faire connaître l'état de leurs affaires, de leur fortune, etc.; et voilà bien pourquoi on se retire dans la chambre du conseil. Cette précaution ne serait-elle pas dérisoire, si le secret ne continuait pas jusqu'au bout? Vous avez entendu le mari en la chambre du conseil.... à merveille! Et maintenant vous voulez laisser plaider les avocats à l'audience! — mais ils vont dire au public tout ce qui vient de se passer à la chambre du conseil.... comment peuvent-ils en effet plaider sans cela? — Eh bien? pour les avocats, dites-vous, soit! ils plaideront à la chambre du conseil; mais pour le ministère public, il faudra l'entendre à l'audience! (*Voy.* les motifs de l'arrêt de la Cour de Cassation du 21 janv. 1846, précité, Dev., 1846, I, 263.) — Je vous réponds encore que vous allez perdre tout le fruit de vos précautions; il faudra bien apparemment que le procureur impérial, pour conclure, rappelle aussi les faits, discute les moyens des parties; il sera, je le veux, plus discret et moins passionné que les avocats; mais toujours est-il qu'il va faire connaître au public ce que vous voulez lui cacher. Et puisqu'il faut en venir là, puisqu'il faut reconnaître que plaidoiries, conclusions, rapports, tout cela doit avoir lieu à la chambre du conseil, il ne reste plus qu'à dire que le jugement lui-même doit y être prononcé.

3° Les orateurs du gouvernement l'ont en effet positivement déclaré. Écoutez M. Berlier : « Cette procédure sera non-seulement sommaire, mais exempte d'une publicité que la qualité des parties et la nature des débats rendraient toujours fâcheuse.... Ce sera à la chambre du conseil que le mari sera cité, que les parties seront entendues et que le jugement sera rendu sur les conclusions du ministère public. » (Locré, *Législ. civ.*, t. XXIII, p. 152.) Je sais bien qu'on a prétendu que ces mots : *et que*, ne se trouvent pas

dans le *Moniteur* du 16 avril 1806, ni dans l'édition stéréotype de Herhan (Berriat-Saint-Prix, t. II, p. 667). — mais cette dispute grammaticale me touche très-peu; car M. Locré rapporte les paroles de M. Berlier telles que je viens de les transcrire, et cette leçon est aussi conforme à l'édition officielle de *l'Exposé des motifs*. Enfin le tribun Mouricault s'est expliqué absolument dans les mêmes termes que M. Berlier (Riom, 29 janv. 1829, Mabru, Sirey, 1829, II, 342; Bordeaux, 27 janv. 1834, Amat, Dev., 1834, II, 283; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Autor. mar.*, sect. VIII, n° 2 *bis*; Carré, *de la Procéd. civ.* t. III, n° 2923). — M. Fouquet, qui enseigne aussi que tout doit se passer dans la chambre du conseil, depuis l'audition des parties jusques et y compris le jugement, ajoute que *cette opinion est suivie par le tribunal de la Seine* (*Encyclop. du droit*, v° *Autor. de fem. mar.*, n° 82).

Je dois pourtant convenir que M. de Belleyme ne confirme pas cette proposition : « C'est le tribunal (dit ce magistrat) qui, après avoir entendu les parties à la chambre du conseil, donne les autorisations *par jugement rendu à l'audience sur les conclusions du ministère public.* » (*Ordon. sur requêtes et référés*, t. I, p. 127.)

257. — Le tribunal appelé *à statuer par un jugement* sur la demande de la femme (art. 862 procéd.) doit dès lors examiner les circonstances, apprécier les causes du refus du mari, pour rendre, dans toute l'indépendance de ses lumières et de sa conscience, la décision qui lui paraît la meilleure. Il peut donc, soit accorder, soit refuser l'autorisation, non-seulement lorsqu'il s'agit pour la femme de *passer un acte*, de *contracter*, mais aussi lorsqu'elle sollicite l'autorisation d'*ester en jugement* comme demanderesse (art. 222).

En serait-il de même, si la femme était défenderesse? nous le verrons bientôt (*infra*, n° 269).

258. — Le tribunal peut-il, en accordant l'autorisation, la soumettre, la subordonner à certaines conditions ?

La femme demande, par exemple, l'autorisation d'emprunter telle somme, sans déterminer le taux de l'intérêt, ou même en indiquant cinq pour cent. Le tribunal l'autorise à l'emprunter, mais seulement à quatre et demi pour cent.

La femme demande à vendre un de ses immeubles qui dépérit et qui coûte plus d'entretien et de réparation qu'il ne rapporte; du prix, de l'emploi qu'elle compte en faire, elle n'en dit rien. Le tribunal l'autorise à vendre son immeuble, mais à la condition qu'il sera fait du prix tel emploi qu'il indique.

La femme demande l'autorisation de transiger sur tel procès. Le tribunal lui en accorde l'autorisation, mais sous la condition que la femme prendra préalablement l'avis de trois jurisconsultes, qui devront être d'avis de la transaction, et en déterminer les bases.

Ces modifications, ces conditions sont-elles possibles? sont-elles légales?

Direz-vous : la capacité des personnes est réglée souverainement par la loi et ne saurait être modifiée par des conditions plus ou moins arbitraires? or, la loi déclare que la femme mariée n'a besoin que de l'autorisation de son mari ou de justice, pour être, en général, aussi capable des actes de la vie civile que si elle était libre; et, par exemple, nulle part la loi n'exige l'avis préalable de trois jurisconsultes pour qu'elle puisse transiger; ce serait là confondre les règles de la tutelle (art. 467) avec les règles toutes différentes de l'autorisation maritale; donc, le tribunal ne peut pas imposer à la femme des conditions qui porteraient atteinte à sa capacité personnelle.

Lui imposer des conditions? non pas précisément;

et la question n'est pas bien posée en ces termes. Il s'agit de savoir si le tribunal, qui pouvait refuser absolument l'autorisation, n'a point ainsi virtuellement le pouvoir de ne l'accorder qu'à telles ou telles conditions qu'il croit utiles; il ne modifie point, pour cela, la capacité da la femme; il ne la soumet pas à des entraves arbitraires. Disons, si vous voulez, que le tribunal refuse son autorisation, à moins que la femme n'aime mieux passer l'acte, suivant le mode qu'il lui indique, qu'il lui conseille, mais qu'il ne lui impose pas! L'autorisation, dans les termes où elle est accordée, est, si j'osais dire ainsi, à prendre ou à laisser! Après tout, la femme a besoin de cette autorisation apparemment! donc, sa capacité n'est pas complète, n'est pas libre! elle est au contraire imparfaite et subordonnée! or, la justice, appelée à compléter cette capacité, doit statuer *en connaissance de cause;* donc, elle doit aprécier l'acte dont il s'agit, ses caractères, ses conditions, etc.; donc, elle peut ne l'autoriser qu'en indiquant les clauses sous lesquelles seulement il lui paraît mériter son autorisation. Est-ce que le mari n'aurait pas ce droit? Est-ce qu'il ne doit même pas, sous peine de nullité, n'accorder que des autorisations *spéciales?* (*Supra*, n° 207.) Or, la justice remplace et supplée le mari; donc, elle a, en cette occasion, les mêmes droits et les mêmes devoirs. Tel est, d'ailleurs, le caractère général de ce pouvoir d'autorisation, quelles que soient les circonstances dans lesquelles il s'exerce; pouvoir de protection gracieuse, qui doit veiller aux intérêts confiés à sa garde. Aussi voyez-vous que le conseil de famille, et par suite le tribunal, qui autorise un acte de la tutelle, est chargé par la loi d'indiquer *toutes les conditions qu'il jugera utiles* (art. 457; *Nouveau Denizart*, v° *Autorisation*, § 3, n° 10).

239. — Le tribunal, qui accorde à la femme l'au-

torisation, doit condamner le mari aux dépens, peu importants d'ailleurs de cette procédure (Fouquet, *Encyclop. du droit*, n° 86). Mais il faut, bien entendu, pour cela, que le refus du mari d'autoriser sa femme soit reconnu mal fondé ; et même, en tout cas, il appartient aux juges de compenser alors les dépens (art. 131 procéd. ; *infra* n° 270).

260. — La faculté d'appel est de droit commun ; c'est une voie ordinaire de recours, ouverte toutes les fois que la loi ne l'a pas spécialement interdite ; or il n'existe en cette circonstance aucun texte prohibitif ; donc, les parties, la femme et le mari, peuvent appeler du jugement, soit qu'il refuse, soit qu'il accorde l'autorisation.

261 — La seule question est de savoir de quelle manière il faut alors procéder.

Doit-on suivre les mêmes formes qu'en première instance, c'est-à-dire citer le mari à la chambre du conseil, pour l'audition des parties, de leurs avocats, s'il y a lieu, du ministère public, et pour le prononcé de l'arrêt ? ou, au contraire, n'est-ce pas à l'audience publique de la Cour que tout doit désormais se faire, suivant le droit commun ?

Il est une opinion qui enseigne que les articles 861-864 du Code de procédure ne sont point applicables en cause d'appel : pourquoi, en première instance, fait-on citer le mari en la chambre du conseil ? c'est pour tenter un essai de conciliation entre les époux ; or, cette épreuve, déjà faite sans succès, est inutile à recommencer en Cour impériale. Et d'ailleurs, il résulte de l'article 461 du Code de procédure, que tout appel doit être porté à l'audience, à moins d'une exception formellement écrite (Cass., 23 août 1826, Charve, Sirey, 1827, I, 152 ; Nîmes, 18 janv. 1830, Brigadet, D., 1830, II, 128 ; Fouquet, *Encyclop. du droit*, n° 84).

Écoutez la réponse très-soigneusement motivée et

très-juste que la Cour de Cassation a faite elle-même plus récemment :

« Attendu, en droit, que l'article 87 du Code de procédure portant que les plaidoiries seront publiques, excepté dans les cas où la loi ordonne qu'elles seront secrètes, l'arrêt attaqué n'a pu violer cet article, si dans le cas particulier la loi ordonnait qu'elles seraient secrètes : — Attendu qu'aux termes de l'article 861 du même Code, la femme qui a besoin de l'autorisation de son mari, doit, sur son refus, le citer devant la chambre du conseil pour déduire les causes de son refus ; — Attendu que si cette disposition, qui a pour but de provoquer les explications personnelles du mari, ne lui interdit pas de déduire les causes de son refus par l'organe d'un avocat et par le ministère d'un avoué, les motifs qui ont déterminé le législateur à prescrire que le mari sera entendu à la chambre du conseil, existent également pour les deux juridictions ; — qu'en effet la loi a eu pour objet non-seulement de tenter une conciliation, mais encore et surtout d'éviter une publicité que la qualité des parties et la nature du débat rendraient toujours fâcheuse ; — que cette publicité aurait les mêmes inconvénients deva la Cour impériale que devant le tribunal de première instance ; — attendu que l'article 461 du Code de procédure a eu pour but de prévenir les procédures longues et dispendieuses, et qu'il en résulte seulement que l'instruction par écrit ne doit pas nécessairement avoir lieu en appel, parce qu'elle aurait été ordonnée en première instance, mais qu'il ne s'ensuit pas qu'il doive y avoir des plaidoiries publiques, quand l'article 861 du Code de procédure veut que les plaidoiries soient secrètes, et que, d'après l'article 470 du même Code, sauf les exceptions formellement consacrées, les règles établies pour les tribunaux inférieurs doivent être obser-

vées dans les Cours impériales (21 janv. 1846, princesse de la Moskowa, Dev., 1846, I, 263; ajout. Paris 5 déc. 1840, époux R..., Dev., 1841, II, 473).

262. — De ce que je viens de dire, il résulte que c'est à la Cour impériale, et non point au tribunal de première instance que l'autorisation doit être demandée, lorsqu'il s'agit, pour la femme, de porter appel d'un jugement ou d'intervenir dans une instance pendante devant la Cour. Je réserve la question de savoir si la femme autorisée à ester en jugement, à plaider, n'est point autorisée, par cela même, à suivre tous les degrés de juridiction (*infra*, n° 285). Ma seule proposition, en ce moment, est que dans les cas où la femme a besoin d'être autorisée pour agir devant une Cour impériale, c'est à Cette cour elle-même qu'elle doit s'adresser pour obtenir l'autorisation. Le tribunal du domicile du mari serait, il est vrai, presque toujours plus rapproché; et, sous ce rapport, la comparution des époux à la chambre du conseil y serait plus facile et moins dispendieuse. Mais d'autres considérations plus graves doivent ici l'emporter : l'ordre même des juridictions s'oppose à ce qu'un tribunal de première instance accorde ou refuse à la femme l'autorisation d'appeler du jugement; car cette autorisation ne doit être accordée ou refusée qu'en connaissance de cause, et après un examen au moins superficiel. Or, de deux choses l'une : ou le jugement, dont la femme veut porter appel, aurait été rendu par le tribunal du domicile du mari, c'est-à-dire par le même tribunal auquel elle demanderait l'autorisation d'en appeler; et il est vraiment impossible de placer les juges dans une telle situation; ou il aurait été rendu par un autre tribunal; et il y aurait là une espèce de contrôle qu'une juridiction égale ne saurait exercer. Cette solution, d'ailleurs, est en outre conforme aux règles suivies dans les autres

hypothèses semblables; c'est ainsi que l'autorisation nécessaire aux personnes incapables pour transiger, est accordée par la Cour devant laquelle ces personnes sont en instance (Cass., 25 janv. 1843, de Sainneville, Dev., 1843, I, 247; *voy.* le rapport de M. le conseiller Lasagni; Carré, t. III, n° 2910; Fouquet, *Encyclop. du droit*, n° 76).

263. — La même question s'élève, mais plus difficile, pour l'autorisation qui serait nécessaire à la femme, à l'effet de se pourvoir en cassation.

C'est bien dans ce cas qu'on peut dire, avec M. Lasagni, que *la question n'est pas prévue par la loi*, et avec M. Carré, qu'*aucune disposition, soit du Code civil, soit du Code de procédure, n'a statué sur cet objet* (t. III, n° 2910).

En cet état, la raison et l'analogie sembleraient indiquer le mode de procéder que voici : la femme, après avoir fait sommation à son mari, l'assignerait devant la Cour de Cassation, en même temps qu'elle formerait son pourvoi; et la Cour, en cas de refus ou de défaut de la part du mari, accorderait ou refuserait elle-même l'autorisation. Est-il possible en effet que le tribunal du domicile du mari autorise alors la femme à se pourvoir soit contre son propre jugement, soit contre un jugement rendu par un autre tribunal, soit même contre un arrêt de la Cour impériale. (Comp., Cass., 25 janv, 1843, cité au n° précédent; Cass., 2 août 1853, Ledru-Rollin, Dev., 1855, I, 211; Rouen, 29 fév. 1856, Lemenu, Dev., 1857, II, 734; voy. aussi, Cass., 4 avril 1855, Monfroy, Dev., 1855, I, 428.)

Pourtant, je dois dire que la Cour de Cassation a décidé aussi que, même dans ce cas, l'autorisation est valablement donnée à la femme par le tribunal du domicile du mari (27 mai 1846, Langlois, Dev., 1846, I, 747; Lyon, 7 avril 1848, Montet; et Bordeaux, 4 avril

1849, de Garbœuf, Dev., 1850, II, 463 et 464; Bordeaux, 3 mars 1851, de Brezetz; 24 mai 1851, Gorsse; et 11 août 1851, Sabarot, Dev., 1851, II, 424, 707 et 757.)

264. — La femme, qui veut obtenir l'autorisation d'agir contre son mari lui-même, doit-elle procéder de la même manière, et remplir les conditions exigées par les articles 861 et suivants du Code de procédure? Comment l'obliger, direz-vous, à demander l'autorisation de plaider à son adversaire même? Il faut s'entendre sur notre question: voulez-vous dire que la femme, pour former une demande contre son mari, n'a pas besoin d'autorisation? Je le nie, et je me réfère aux moyens par lesquels j'ai essayé d'établir le contraire (*supra*, n° 138); non, il ne faut pas que la femme puisse témérairement troubler la paix du ménage, par des procès sans aucun fondement, ou qui, en tout cas, n'auraient rien d'urgent; il importe que le tribunal puisse, en connaissance de cause, arrêter ou ajourner, suivant les cas, de telles demandes. Il faut donc à la femme l'autorisation; or, si cette autorisation est nécessaire, elle ne peut être accordée que suivant les formes prescrites, à cet effet même, par la loi (de Belleyme, *Ordon. sur requêtes et référés*, t. I, p. 127).

265. — B. *Du cas où la femme est défenderesse, et ne demande point elle-même l'autorisation d'ester en jugement.*

Les règles de compétence et de procédure, que nous venons d'exposer (n°s 252-264), sont-elles encore applicables dans cette hypothèse?

Est-ce au tribunal du domicile du mari qu'on doit toujours demander l'autorisation? — Faut-il faire une sommation au mari? — Faut-il obtenir la permission de le citer à la chambre du conseil, etc.?

La négative résulte de nos textes mêmes: l'article 862

du Code de procédure ne s'applique littéralement qu'au cas où c'est « la femme qui voudra se faire autoriser à la poursuite de ses droits ; » et les articles 862-864 supposent toujours aussi que c'est la femme elle-même qui est demanderesse.

La preuve de cette différence se trouvait déjà dans la comparaison des articles 218 et 219 du Code Napoléon ; l'article 218, bien différent de l'article 219, n'indique pas le tribunal du domicile commun comme le seul qui puisse toujours autoriser la femme *à ester en jugement ;* c'est qu'en effet la question de compétence dépend alors du point de savoir par qui l'autorisation est demandée.

Écoutez enfin M. Berlier, dans l'exposé des motifs du titre VII (IIe part., liv. Ier) du Code de procédure : « L'autorisation, dont il s'agit, n'est point celle qui a lieu quand la femme est défenderesse. Dans ce cas, l'action du demandeur ne peut être subordonnée à la volonté du mari, ni paralysée par elle. Si le mari est assigné pour autoriser sa femme, parce qu'il lui est dû connaissance des actions dirigées contre elle, comme son protecteur naturel, cette autorisation n'est au surplus, et en ce qui regarde l'action du tiers demandeur, qu'une simple formalité, que la justice supplée quand le mari la refuse. » (Locré, *Législ.civ.*, t. XXIII, p. 151.)

266. — L'autorisation n'est donc point, dans ce cas, comme disait encore M. Berlier, l'objet d'un débat *particulier et préalable*. Le tiers qui assigne la femme, assigne également le mari à l'effet de l'autoriser (art. 818, deuxième alinéa, et 2208). D'ailleurs point de sommation, point de requête, point d'instance spéciale enfin à ce sujet; et, par conséquent, c'est devant le même tribunal, ou plus généralement devant la même juridiction, où la femme est appelée à comparaître pour se défendre, que le mari est aussi appelé pour l'autoriser.

Devant le même tribunal, dis-je, quel qu'il soit; et c'est ainsi qu'un tribunal de commerce peut valablement accorder l'autorisation à une femme mariée, en cas de refus ou de défaut du mari assigné par le demandeur; car ce n'est point là une cause distincte de la cause principale dont nous le supposons valablement saisi; ce n'est qu'un simple incident, une sorte de formalité accessoire, nécessaire pour régulariser la procédure; or, le tribunal compétent pour juger la cause principale, est compétent pour juger les incidents, surtout les incidents du genre de celui-ci : « Pertinet ad officium judicis universam quæstionem « incidentem, quæ in judicium devocatur, examinare. » (L. I, Cod. *de Ordine judiciorum;* Colmar, 31 juillet 1810, Richard, Sirey, 1811, II, 266; Cass., 17 août 1813, Roussel, Sirey, 1813, I, 444; Carré, t. III, n° 2911; Zachariæ, t. III, p. 329; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Autor. mar.*, sect. VIII, n° 7; Fouquet, *Encyclop. du droit*, n° 76.)

267. — On voit par là que c'est le tiers demandeur qui doit lui-même assigner le mari afin de le mettre en demeure d'autoriser sa femme, pour ensuite, en cas de refus ou de défaut de sa part, conclure à ce que le tribunal accorde cette autorisation. Il ne suffirait donc pas que le tiers se bornât à assigner la femme, *en la requérant de se faire autoriser*. C'est à lui, demandeur, à remplir toutes les conditions nécessaires pour régulariser la procédure qu'il introduit; et, d'ailleurs, il faut bien vraiment qu'il en soit ainsi! La femme peut-elle plaider, même comme défenderesse, sans autorisation? non. Eh bien! puisque c'est vous qui voulez plaider contre elle, vous êtes bien obligé de faire tout ce qu'il faut pour que le procès puisse s'engager sûrement (Comp. Cass., 29 mars 1808, Demeaux, Sirey, 1808, I, 213; Colmar, 31 juillet 1810, Richard,

Sirey, 1811, I, 206; Cass., 25 mars 1812, Lambert et Vincent, Sirey, 1812-2-317; ajout. Cass., 5 mai 1858, Audicq, Dev. 1859, I, 41; *voy.* toutefois *infra*, n° 351).

268. — Si le mari assigné refuse l'autorisation ou fait défaut, le tribunal accorde l'autorisation sur les conclusions du demandeur, en même temps qu'il statue sur la demande principale.

Mais il faut que le tribunal prononce en effet sur ce chef des conclusions, comme sur tous les autres, par une déclaration formelle et par le dispositif de son jugement. — Quoi! direz-vous, les juges ont laissé plaider la femme! l'instruction s'est poursuivie, développée, achevée sous leurs yeux et avec leur concours! ils ont prononcé enfin un jugement qui vide, au fond, la contestation entre la femme et son adversaire.... et on pourrait venir dire qu'ils ne l'ont pas autorisée à ester en jugement! pourquoi donc l'autorisation de justice ne pourrait-elle pas être tacite comme l'autorisation du mari? — Il n'en est pas ainsi pourtant, du moins régulièrement, rigoureusement. La loi veut, au contraire, que l'attention de la justice soit spécialement appelée sur ce point; le demandeur doit donc prendre à cet effet des conclusions; or, le tribunal, une fois saisi de la sorte, doit prononcer sur ce chef de la demande comme sur tous les autres (art. 480-5° procéd.; Turin, 20 messidor an XIII, Simondi, D., *Rec. alph.*, t. X, p. 146; Cass., 5 août 1840, de Sainneville, Dev., 1840, I, 768-770; *voy.* pourtant aussi Cass., 25 janvier 1843, de Sainneville, Dev., 1843, I, 247; Duranton, t. II, n° 466; Fouquet, *Encyclop. du droit*, n° 85).

269. — L'orateur du gouvernement vient de nous dire que « l'autorisation, en ce qui regarde l'action du tiers demandeur, n'est qu'une simple formalité, que la

justice supplée, quand le mari la refuse. » (Locré, *Législ. civ.*, t. XXIII. p. 151 ; *supra*, n° 265.)

Faut-il en conclure que les juges doivent alors l'accorder sans connaissance de cause, ou même qu'ils ne pourraient pas la refuser? La vérité est qu'en fait et dans la pratique, cette autorisation n'est point, dans ce cas, l'objet d'un examen spécial, distinct de l'appréciation de la demande principale formée contre la femme; et il paraît que les choses se passent ainsi déjà depuis longtemps (Lebrun, *de la Commun.*, liv. I, chap. I, sect. VI, n° 2). Mais je pense néanmoins qu'en droit, la justice pourrait, après examen préalable, refuser à la femme même défenderesse, l'autorisation d'ester en jugement : les textes le supposent ainsi (comp. art. 218, 222, 2208); et il ne serait pas impossible que la résistance de la femme fût si évidemment mal fondée que l'on crût devoir ne pas l'autoriser à s'attirer une condamnation inévitable à des dépens et même à des dommages-intérêts. Ce refus surtout pourrait avoir lieu, si le mari ne se bornait pas à ne pas comparaître sur l'assignation à lui donnée par le tiers demandeur et prenait au contraire des conclusions à fin que la justice refusât à sa femme l'autorisation de plaider. C'est ainsi que la loi du 18 juillet 1837, sur l'administration municipale, attribue au conseil de préfecture le droit de refuser à la commune l'autorisation de plaider, dans le cas même où elle est défenderesse (art. 51-54). On s'est défié, avec quelque raison, de l'esprit processif des communes; or, il importe aussi que s'il se trouve (et il y en a!) des femmes qui veuillent plaider quand même, et résister à l'évidence, on puisse également les en empêcher.

Mais qu'arriverait-il alors? la femme ne pouvant pas ester en jugement sans autorisation, n'y serait

pas légalement présente; elle serait donc jugée par défaut.

270. — La Cour de Bruxelles a décidé que le mari qui fait défaut sur une assignation à lui commise pour autoriser sa femme, ne peut être condamné aux dépens au profit du tiers qui l'a appelé au procès : « Considérant qu'aucune loi n'oblige le mari à comparaître en justice à l'effet d'autoriser sa femme à ester en jugement; que par son défaut de comparaître sur une assignation ayant pour unique objet d'autoriser sa femme, il est censé s'en rapporter à justice, mesure prudente, qui met sa responsabilité à couvert, et que de ce chef, aucuns dépens ne peuvent être mis à sa charge, puisque, d'après l'article 130 du Code de procédure, le juge ne peut condamner aux dépens que la partie qui succombe.... (13 mars 1833, Caigny, Dev., 1834, II, 559.)

Cette décision me paraît bien rendue. La condamnation aux dépens est la peine d'une résistance injuste; or, le mari n'a pas résisté, il n'a pas arrêté la demande formée contre sa femme; donc, il ne saurait alors être passible des dépens (comp. Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Autor. marit.*, sect. VIII, n° 6; *supra*, n° 259).

271. — Il n'est pas douteux d'ailleurs que l'autorisation de justice doit être spéciale, tout au moins autant que celle du mari. Elle doit donc être donnée en connaissance de cause (art. 222), pour tel acte ou pour tel procès défini, déterminé. Il serait même impossible de concevoir raisonnablement une autorisation de justice dans d'autres termes.

272. — Mais faut-il aussi qu'elle soit, comme l'autorisation du mari, antérieure ou du moins concomitante à l'acte même auquel elle s'applique?

Une femme, par exemple, a vendu, sans aucune autorisation, un de ses immeubles; elle voudrait pen-

dant le mariage, que cette vente fût confirmée ; elle le voudrait dans l'intérêt de l'acquéreur, elle le voudrait pour elle-même, pour remplir ce qu'elle considère comme un devoir de conscience ; supposez même que la vente par elle consentie, est une opération excellente et qu'il n'y aurait, sous ce rapport, aucune objection à faire à son projet de ratification. Cette femme s'adresse donc à son mari qui refuse de l'autoriser, ou bien encore son mari est incapable ; il est, par exemple, interdit. Peut-elle alors recourir à la justice? et si la justice peut lui accorder l'autorisation de ratifier, quel en sera l'effet à l'égard du mari, quant à l'action en nullité, qui lui appartient personnellement ?

Cette question me paraît offrir une difficulté très-sérieuse.

Ne pourrait-on pas soutenir que l'autorisation de la justice peut habiliter la femme à consentir la ratification, de manière à enlever désormais au mari lui-même son action en nullité :

1° La justice peut accorder elle-même l'autorisation, toutes les fois que le mari refuse, sans cause légitime, d'autoriser sa femme à passer un acte, et surtout lorsqu'il est incapable (art. 219). Ces termes sont généraux et comprennent toutes les espèces d'actes possibles ; or, qu'est-ce que la femme demande? à *passer un acte* de confirmation ; donc, la justice peut l'y autoriser au refus du mari. Et pourquoi donc en serait-il autrement dans notre hypothèse? Comment! la justice pourrait autoriser la femme à faire une donation entre-vifs (art. 905); et elle ne pourrait pas l'autoriser à faire un acte confirmatif, à renoncer à une action en nullité! Est-ce que si cette vente, qu'il s'agit de confirmer, était encore à faire aujourd'hui, la justice ne pourrait pas y habiliter la

femme? oui sans doute; donc, elle doit pouvoir *a fortiori*, l'autoriser à la ratifier par un acte confirmatif. Cela ne serait pas contestable, si la vente avait été consentie sans autorisation par la femme pendant l'existence d'un premier mariage actuellement dissous; et si, remariée ensuite, mais sans avoir ratifié cette vente pendant son veuvage, qui n'aurait pas duré dix ans (art. 1304), elle voulait la ratifier pendant l'existence de son nouveau mariage. La justice pourrait assurément, au refus du nouveau mari, autoriser la femme à passer cet acte confirmatif; or, pourquoi en serait-il autrement de la vente consentie par la femme sans autorisation pendant la durée de son mariage actuel?

2° Le voici, dira-t-on : c'est parce que, dans le premier cas, le nouveau mari n'a pas d'action en nullité, tandis que, dans le second, il en a une, qu'on ne saurait lui enlever sans son consentement. Cette action en effet lui appartient à lui-même directement; elle est dans ses mains la sanction de son autorité maritale et la garantie de ses intérêts pécuniaires; la justice ne saurait donc la lui enlever sans désarmer sa puissance et léser tous ses droits. — L'objection est grave! mais est-il vrai pourtant qu'elle soit décisive? Et d'abord je crois qu'il faut mettre de côté l'argument tiré des intérêts pécuniaires du mari. Si les époux sont séparés de biens, ou si l'objet aliéné par la femme est paraphernal, on ne voit pas trop quel pourrait être l'intérêt personnel du mari, son intérêt, dis-je, positif et pécuniaire à s'opposer à la ratification. Mais alors même qu'il aurait, d'après les conventions matrimoniales, le droit de jouir du bien que la femme aurait vendu sans autorisation, son intérêt se réduirait encore à des fruits, à des jouissances; or, en règle générale (*infra*, n° 318), les aliénations que la femme peut consentir de ses biens personnels, même avec l'autorisa-

tion de justice, ne sont point, sous ce rapport, opposables au mari, aux droits duquel elles ne doivent pas porter atteinte (arg. des articles 1413, 1428, 1555); donc, la ratification que la femme ferait avec l'autorisation de justice d'une vente antérieure, ne changerait point le droit que le mari pourrait avoir aux fruits de l'immeuble par elle aliéné, surtout aux fruits échus avant la ratification. Reste donc l'intérêt de son autorité maritale, et celui-ci, j'en conviens, est très-sérieux; mais enfin cette autorité elle-même n'est, après tout, qu'une délégation de la puissance publique, qui semble dès lors avoir toujours le droit d'en confier l'exercice à la justice elle-même, quand il arrive que le mari en abuse et se fait un moyen de despotisme et de méchanceté, d'un pouvoir essentiellement protecteur. Or, ne serait-ce point de la part du mari un abus intolérable, que de se refuser, sans aucun intérêt, sans aucun motif, à une ratification que nous supposons, à tous égards, utile, convenable, et telle enfin que la justice (si elle en a le droit) n'hésitera point à l'autoriser? Et voyez où peut nous conduire cette résistance aveugle et obstinée du mari. Si la femme ne peut pas, même avec l'autorisation de justice, ratifier la vente par elle antérieurement faite, elle va demander alors à son mari, puis ensuite à la justice, l'autorisation d'agir en nullité de cette vente. On ne niera pas sans doute que la justice aura le droit de l'autoriser; car il serait possible qu'il fût urgent d'intenter cette action en nullité, comme si, par exemple, l'acquéreur commettait des dégradations, etc.... Eh bien! l'action en nullité une fois intentée et accomplie, la femme pourrait demander à vendre de nouveau au même acquéreur ce même immeuble, et cette fois avec une autorisation de justice qui rendrait la vente très-valable. Or, que résulte-t-il de là? une conclusion importante, à mon

avis, et que je voulais précisément obtenir, savoir : que l'aliénation de cet immeuble personnel de la femme peut avoir lieu, pendant le mariage, avec l'autorisation de la justice, en cas de refus du mari, et que, cette autorisation étant possible *avant*, on ne comprend pas bien pourquoi elle ne le serait pas *après*. Car, enfin, à quoi se réduit la différence ? à ce qu'au lieu de faire une simple ratification, il faudrait consentir une vente nouvelle, c'est-à-dire payer des droits de mutation beaucoup plus considérables (art. 68, n°s 6 et 7 de la loi du 22 frimaire an VII ; art. 43, n° 2, 1re sect. de la loi du 28 avril 1816) ; or, cela serait-il bien raisonnable ? Et quand, après tout, un acte est possible, pourquoi ne pas le faire franchement ? doit-on croire que la loi elle-même exige de pareils détours ?

3° Nous avons reconnu, il est vrai, que la ratification postérieure du mari seul ne peut point enlever à la femme son action en nullité (*supra*, n° 211). Mais l'hypothèse est différente ! Le consentement de la femme non autorisée n'est point, aux yeux de la loi, un consentement suffisant ; et, dès lors, le contrat est entaché, en ce qui la concerne, d'un vice de volonté qui ne peut être guéri que par un consentement nouveau de sa part. L'autorisation du mari est impuissante à réparer, seule et après coup, cette imperfection du premier consentement de la femme. Car c'est elle qui est partie, c'est elle qui contracte ; c'est elle donc qui doit personnellement consentir pour ratifier comme pour contracter. Mais lorsqu'elle consent en effet, on ne voit pas pourquoi l'autorisation de la justice ne pourrait pas alors, comme toujours, valablement suppléer celle du mari.

4° Cette solution semblerait d'autant plus désirable qu'elle serait un moyen de mettre un terme à une in-

certitude très-fâcheuse; il importe à la société elle-même que le sort des contrats ne reste pas en suspens, et que les propriétés se consolident. Et néanmoins, dans l'opinion contraire, le refus du mari, séparé de corps peut-être, son refus même le plus injuste, et, dans tous les cas, son incapacité, son interdiction, son absence, paralyseraient, pendant toute la durée du mariage, la propriété de cet acquéreur sans cesse menacé ! La vérité est même que si en effet la ratification consentie par la femme avec l'autorisation de la justice, n'enlevait pas au mari son action en nullité, mieux vaudrait dire tout de suite que la femme ne peut pas même ratifier pour son compte personnel, avec l'autorisation de la justice. Cela serait plus logique et plus net; que signifierait en effet cette ratification d'un contrat fait par une femme mariée qui laisserait précisément subsister en grande partie le vice même qu'elle avait pour objet de faire disparaître ?

273. — Tels sont les motifs qui me paraissent pouvoir être invoqués en faveur de cette doctrine, que je suis porté à proposer; mais je dois convenir qu'elle n'est pas suivie, et je reconnais aussi tout ce qu'ont de sérieux les arguments de l'opinion contraire. La ratification, en général, ne peut avoir lieu que sans préjudice du droit des tiers (art. 1338); or, le mari, quant à l'action en nullité qui lui appartient personnellement, n'est-il pas un tiers? Et puis, cette situation même, dont on se plaint, cette incertitude sur le sort du contrat, tout cela n'est-il pas la sanction utile et essentielle du principe de l'autorisation? La loi qui commande à la femme de consulter d'abord son mari, et, à son défaut seulement, la justice, la loi doit-elle approuver elle-même les actes passés par la femme, sans aucune espèce d'autorisation? ne serait-ce point

encourager l'insubordination et l'indiscipline? ne serait-ce point désarmer l'autorité maritale, lui donner tort, l'humilier? (Comp. Toulouse, 18 août 1827, Delhom, Sirey, 1829, II, 237; Zachariæ, t. III, p. 345, 346; D., *Rec. alph.*, t. X, p. 149; Fouquet, *Encyclop. du droit*, n° 105.)

N° 4. — *Quels sont les effets soit de l'autorisation, soit du défaut d'autorisation?*

SOMMAIRE.

I. — Des effets de l'autorisation.

274. — Les effets de l'autorisation doivent être envisagés d'abord à l'égard de la femme; ensuite, à l'égard du mari.

A. — *Des effets de l'autorisation à l'égard de la femme.*

275. — La femme autorisée devient aussi capable, ni plus ni moins, que si elle était libre.
276. — A quels actes l'autorisation s'applique-t-elle? ou plutôt, comment doit-elle être interprétée?
277. — L'autorisation ne s'applique qu'à l'espèce d'acte juridique pour lequel elle a été accordée. — Exemples.
278. — Suite.
279. — Suite.
280. — La femme autorisée à ester en jugement peut-elle, en vertu de cette autorisation, transiger?
281. — Acquiescer ou se désister?
282. — Déférer le serment décisoire?
283. — Ou l'accepter elle-même?
284. — Passer un aveu?
285. — Suivre tous les degrés de juridiction et employer toutes les voies de recours?
286. — Suite. — Ne faut-il pas distinguer entre l'autorisation maritale et l'autorisation judiciaire?
287. — 1° La femme autorisée par son mari à plaider, peut-elle, sans nouvelle autorisation, former opposition à un jugement par défaut? — porter l'appel ou y défendre?
288. — *Quid*, du pourvoi en cassation?
289. — *Quid*, de la tierce opposition? — de la requête civile? — de la prise à partie?

290. — 2° Les mêmes règles d'interprétation sont-elles applicables à l'autorisation accordée par la justice?
291. — L'autorisation maritale ou judiciaire habilite la femme pour les actes accessoires de l'acte principal auquel elle s'applique.
292. — Suite.
293. — Suite.
294. — Suite.
295. — Effets généraux de l'autorisation accordée à la femme d'être marchande publique.
296. — La femme, marchande publique, peut-elle, sans autorisation spéciale, hypothéquer ou aliéner ses immeubles personnels? — ou même aussi acheter un immeuble pour son commerce?
297. — Former un contrat de société avec un tiers?
298. — Consentir un cautionnement?
299. — Transiger? — ou compromettre?
300. — Comment saura-t-on que l'obligation, l'hypothèque ou l'aliénation, consenties par la femme marchande publique, étaient relatives à son négoce?
301. — Suite.
302. — Suite.
303. — Suite.
304. — La femme a besoin d'une autorisation spéciale, lorsqu'il ne s'agit pour elle que de faire un ou plusieurs actes isolés de commerce.
305. — Faut-il que l'autorisation accordée à la femme d'être marchande publique, désigne le genre de commerce et la branche d'industrie qu'elle pourra exercer?

B. — *Des effets de l'autorisation à l'égard du mari.*

306. — Il faut distinguer entre l'autorisation maritale et l'autorisation judiciaire.
307. — En principe, l'autorisation accordée par le mari, n'engendre point d'obligation personnelle de sa part.
308. — Ce principe toutefois subit l'influence des différents régimes matrimoniaux.
309. — *Quid*, sous le régime de séparation de biens?
310. — *Quid*, sous le régime de la communauté, soit légale, soit conventionnelle?
311. — Suite.
312. — Suite.
313. — Le mari est-il alors tenu absolument de la même manière que la femme?... pour le total de la dette?... ou même par corps?
314. — De l'effet de l'autorisation à l'égard du mari sous les autres régimes.
315. — A. Sous le régime dotal, le mari, qui a autorisé sa femme à

faire un commerce séparé, est-il tenu des engagements par elle contractés?

316. — B. Même question sous le régime exclusif de communauté.

317. — Suite.

318. — L'autorisation de justice ne peut préjudicier au mari.

319. — Faut-il distinguer si l'autorisation de justice a été accordée à la femme sur le refus ou à raison de l'incapacité du mari?

320. — *Quid*, si la justice a autorisé la femme à faire le commerce?

321. — Dans quels cas l'autorisation de justice a-t-elle, par exception, effet contre le mari?

322. — Le mari peut-il révoquer son autorisation?

323. — Comment?

324. — *Quid*, si l'autorisation a été accordée par contrat de mariage?

325. — *Quid*, si elle avait été accordée par la justice?

326. — Quels sont les effets du retrait de l'autorisation?

II. — Des effets du défaut d'autorisation.

327. — La nullité résultant du défaut d'autorisation, est-elle toujours proposable? — *Quid*, si la femme s'est déclarée fille ou veuve?

328. — *Quid*, si la femme a employé des manœuvres frauduleuses?

329. — *Quid*, si le mariage, célébré en pays étranger, n'a pas été transcrit en France?

330. — *Quid*, si le mariage a été tenu secret?

331. — *Quid*, si le mari était absent?

332. — *Quid*, si par suite d'une erreur commune, la femme passait pour fille ou pour veuve?

333. — *Quid*, si l'autorisation, accordée d'abord, avait été révoquée?

334. — *Quid*, si la femme, ayant une autorisation, ne l'avait pas montrée?

335. — *Quid*, s'il s'agit d'une femme étrangère?

336. — Est-ce le demandeur en nullité qui doit prouver le défaut d'autorisation?

337. — Autrefois, la nullité résultant du défaut d'autorisation était absolue.

338. — Aujourd hui, cette nullité est relative. — De là trois conséquences :

339. — 1° La nullité n'est proposable que par certaines personnes seulement. — Faut-il qu'un texte spécial leur accorde l'action? — Faut-il que la femme ait été lésée?

340. — La nullité peut être proposée par la femme et par le mari.

341. — Par les héritiers de la femme. — *Quid*, par les héritiers du mari?

342. — La nullité peut-elle être proposée par les créanciers soit de la femme, soit du mari?

343. — Ou par la caution de la femme?
344. — La nullité ne peut pas être proposée par les tiers.
345. — Le tiers, qui a passé un contrat avec une femme non autorisée, ne peut-il pas néanmoins refuser de lui faire un payement, si elle ne lui donne pas des sûretés contre la chance de nullité qui le menace?
346. — Le tiers n'aurait-il pas même le droit d'interpeller la femme ou ses représentants, pour qu'ils eussent à prendre parti et à choisir entre la nullité ou la validité du contrat?
347. — Suite.
348. — La règle, d'après laquelle la nullité ne peut pas être proposée par les tiers, est-elle générale? — A. S'applique-t-elle à la donation entre-vifs?
349. — B. Au compromis?
350. — C. Aux cas où les tiers n'ont pas personnellement contracté ou plaidé avec la femme?
351. — Suite. — Les tiers ne peuvent pas demander la nullité des assignations qui leur sont données à la requête de la femme non autorisée. — Quelle est, dans ce cas, la position des tiers?
352. — Les assignations données à la femme seule sont-elles nulles, si le mari n'a pas été aussi assigné avant l'expiration du délai utile pour agir contre la femme elle-même?
353. — 2° Comment et dans quel délai la nullité peut-elle être proposée? — En ce qui concerne les contrats, renvoi.
354. — *Quid*, en ce qui concerne les décisions judiciaires rendues contre la femme non autorisée?
355. — Suite.
356. — Suite.
357. — 3° De quelle manière l'action en nullité peut-elle s'éteindre? — et quels sont les effets soit de la nullité prononcée, soit de l'expiration du délai de dix ans, soit enfin de la ratification expresse ou tacite? — Renvoi.

I. — Des effets de l'autorisation.

274. — J'examinerai les effets de l'autorisation, d'abord en ce qui concerne la femme elle-même; et en second lieu, en ce qui concerne le mari.

A. *Des effets de l'autorisation à l'égard de la femme.*

275. — L'effet général de l'autorisation accordée à la femme, soit par son mari, soit par la justice, est

de lever l'incapacité qui résultait pour elle de l'état de mariage. La femme autorisée devient donc aussi capable, ni plus ni moins, que si elle n'était pas mariée; ni plus ni moins, dis-je : et de là deux conséquences :

1° La femme ne pourrait pas attaquer l'acte qu'elle a été autorisée à passer, en soutenant que cette autorisation lui a été accordée contrairement à ses intérêts, et qu'il eût mieux valu pour elle ne point le faire (Pothier, *de la Puiss. du mari*, n° 76). Ni le mari, ni moins encore la justice ne sont garants envers la femme de l'usage qu'elle a pu faire de l'autorisation. Il faudrait, pour qu'il en fût autrement, des circonstances particulières, des faits de fraude, par exemple, de la part du mari, qui aurait eu, dans l'acte en question, un intérêt contraire à celui de la femme. Et encore ne serait-ce pas précisément, par l'effet d'une autorisation mal à propos accordée, que le mari serait alors responsable; il serait seulement, d'après le droit commun, tenu de réparer le dommage causé par son dol (art. 1382); mais l'autorisation elle-même, l'autorisation elle seule n'entraîne, de la part du mari envers la femme, aucune garantie. La femme est habilitée à faire tel acte, à soutenir tel procès.... la voilà capable ! C'est à elle de voir si l'acte est avantageux, si le procès est bon; c'est à elle de défendre le mieux possible ses droits; car c'est elle-même et elle seule qui contracte ou qui plaide. Sans doute, le mari ne devait accorder son autorisation qu'en connaissance de cause (*supra*, n° 205); mais il ne s'ensuit pas qu'on puisse le rendre responsable d'une autorisation mal à propos accordée, si d'ailleurs elle l'a été de bonne foi. Il ne faut pas assimiler le mari au tuteur, que la loi déclare responsable des suites *d'une mauvaise gestion* (art. 450). Le mari ne gère pas, il autorise !

2° La femme peut, nonobstant l'autorisation, atta-

quer l'acte juridique qu'elle a consenti par tous les moyens qu'elle pourrait faire valoir contre cet acte, si elle n'était pas mariée. Le but unique et bien défini de l'autorisation est d'effacer une certaine espèce d'incapacité ; mais il est évident qu'elle ne prive pas d'ailleurs la femme du bénéfice du droit commun. « L'autorisation du mari ou de justice *n'étouffe pas*, dit Bourjon, les moyens de restitution, si aucuns sont ouverts à la femme.... » (*Droit comm. de la France*, t. I, p. 582; comp. Toullier, t. II, n° 655 ; Vazeille, t. II, n° 355 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 140; Massé et Vergé, t. I, p. 242.)

276. — Mais à quels actes juridiques l'autorisation s'applique-t-elle ? Quelles en sont l'étendue et les conséquences ? Quelle est enfin, au juste, la capacité qu'elle confère à la femme ?

C'est là un point fort important, et qui présente encore, à cette heure même, dans la doctrine et surtout dans la jurisprudence, beaucoup d'incertitudes et de contradictions.

Nous connaissons déjà une première réponse et très-essentielle : il faut que l'autorisation soit *spéciale* (*supra*, n° 207). Toute autorisation générale, même par contrat de mariage, ne peut avoir d'effet que quant à l'administration des biens de la femme. Vous avez autorisé votre femme *à intenter toutes actions, et à défendre à celles qui pourraient être formées contre elle !* Savez-vous ce qui en résulte ? c'est qu'elle ne peut, en vertu de cette autorisation, intenter *aucune action*, ni défendre *à aucune demande* (art. 223, 1538; Cass., 24 févr. 1841, Eymard, Dev., 1841, I, 315). Dans ce cas, on n'a pas à rechercher jusqu'où va l'autorisation, ni où elle s'arrête. L'autorisation est nulle, en tant qu'on voudrait l'étendre au delà des actes d'administration.

Ce n'est donc qu'autant que l'autorisation est spéciale, que la question proposée peut naître ; et même, dans cette limite, elle est encore souvent très-délicate.

Le principe général, à cet égard, est que l'étendue de l'autorisation accordée à la femme, soit par le mari, soit par la justice, doit être appréciée d'après les règles ordinaires en matière d'interprétation :

Donc, avant tout, d'après les termes mêmes de l'acte ou du jugement qui la renferme ; puis ensuite, d'après toutes les circonstances du fait ; d'après la nature de l'acte dont il s'agit, etc. Nous allons en fournir des exemples.

277. — Voici d'abord une proposition certaine : c'est que l'autorisation ne s'applique qu'à l'espèce d'acte juridique pour lequel elle a été accordée, et encore, sous les conditions auxquelles elle a soumis l'accomplissement de cet acte.

« Il y a une chose essentielle en ces matières, dit Lebrun, c'est que les termes des autorisations doivent être suivis à la lettre, sans qu'il soit jamais permis de les étendre d'un cas exprimé à un cas non exprimé, non pas même par identité de raison ; ainsi l'autorisation étant pour emprunter, on ne doit pas permettre à la femme de vendre ; et si l'autorisation est pour vendre, la femme ne doit pas emprunter.... » (*De la Commun.*, liv. II, chap. I, sect. IV, n° 9.)

Si donc la femme, autorisée par son mari à faire un acte à titre onéreux, fait en réalité un acte à titre gratuit sous l'apparence d'un acte à titre onéreux, il faut dire que l'acte, tel qu'il a été fait, a été passé sans autorisation (Paris, 19 mars 1831, Soulé, Dev., 1831, II, 303.)

278. — Pareillement la femme est bien dispensée de la nécessité de l'autorisation, lorsqu'elle est pour-

suivie en matière criminelle et de police (art. 216). Mais du moment où l'instance, engagée d'abord devant le tribunal de police, se trouve convertie en une instance civile, il faut à la femme l'autorisation de son mari ou de justice (Cass., 20 mai 1846, Dudevant, D., 1846, I, 205).

279.—Ces applications de notre règle sont faciles; et il en est de même des exemples cités plus haut (n° 277). Personne effectivement ne niera que l'autorisation de vendre ne comprend pas celle d'emprunter, et réciproquement.

« Je vais plus loin, dit Lebrun (*loc. sup. cit.*), et je prétends que la procuration donnée par le mari à sa femme pour vendre, ne lui suffit pas pour recevoir le prix de la vente, et encore moins pour recevoir le prix d'une vente déjà faite avant la procuration. »

Il faut s'entendre :

S'agit-il des biens personnels du mari ou même des biens de la communauté? il ne peut pas être alors question d'*autorisation;* car c'est le mari seul qui a le droit de les vendre; et si la femme les vend, ce ne peut être qu'en vertu d'une *procuration* du mari, comme dit notre auteur. Je crois aussi, dans ce cas, qu'en général la femme, qui n'a reçu que le pouvoir de vendre, n'a point par cela seul le pouvoir de toucher le prix, surtout s'il a été stipulé des termes pour le payement; et c'est là une solution qui dérive non pas des règles particulières de l'autorisation maritale, mais bien des règles ordinaires du mandat (Rouen, 9 nov. 1839, Royer, Dev., 1840, II, 80; Duranton, t. XII, n° 51; Troplong, *du Mandat*, articles 1987-1989, n° 323).

S'agit-il des biens personnels de la femme et par exemple de ses immeubles? comme c'est elle alors qui a seule

vraiment le droit de les vendre, l'autorisation proprement dite est nécessaire. Et quant au point de savoir si la femme, autorisée par son mari à vendre un de ses immeubles, est par cela même *autorisée* à recevoir le prix de la vente, il faut distinguer : si les époux sont mariés sous le régime de la communauté, ou sous tout autre régime qui donne au mari le droit de recevoir le prix des biens de sa femme, celle-ci ne pourrait toucher elle-même ce prix qu'en vertu d'une procuration du mari; et je ne crois pas que la seule autorisation de vendre, renfermât en général cette procuration. — Si, au contraire, les époux sont séparés de biens, la femme peut recevoir le prix.... Est-ce parce que dans ce cas particulier, l'autorisation de vendre renfermerait le pouvoir de toucher le prix? non, sans doute ! il n'y aurait, sous ce rapport, aucun motif de différence; mais c'est parce qu'alors, pour toucher ce prix, la femme n'a besoin ni de mandat, ni d'autorisation, la séparation de biens lui conférant la capacité de recevoir elle-même ses capitaux.

280. — La femme a été autorisée à ester en jugement.

Peut-elle, en vertu de cette autorisation, transiger?

Acquiescer, ou se désister?

Déférer ou accepter le serment décisoire?

Faire un aveu?

Transiger? non, sans doute. Transiger, en effet, n'est pas plaider; c'est tout le contraire. Aussi, l'autorisation est-elle exigée alors en vertu de l'article 217, qui ne permet pas à la femme d'aliéner sans autorisation. Il ne s'agit plus de l'article 215 qui ne s'occupe que de l'autorisation à l'effet d'ester en jugement (art. 2045; Cass., 3 mai 1808, Piette, D., *Rec. alph.*, t. III, v° *Concil.*; p. 719; *voy.* toutefois *supra*, n° 159).

281. — Acquiescer ou se désister? pas davantage. Acquiescer ou se désister n'est pas plaider apparemment; donc l'autorisation de plaider, d'ester en jugement, ne comprend pas celle d'acquiescer ou de se désister (arg. de l'article 464). Le désistement ou l'acquiescement est une aliénation de droits peut-être bien fondés, et, en tout cas, de prétentions telles quelles; c'est la renonciation à une instance engagée; il faut donc à la femme une autorisation en vertu de l'article 217 (Cass., 15 juill. 1807, Possel, D., *Rec. alph.*, v° *Mariage*, t. X, p. 127; Cass., 12 février 1828, Belloncle, Sirey, 1828, I, 356; Paris, 16 mars 1839, Alléon, D., 1839, II, 115; Vazeille, t. II, n° 304; Fouquet, *Encyclop. du droit*, n° 23).

282. — Déférer le serment décisoire? non plus! Nous venons de dire que la femme, autorisée à plaider, n'est point, par cela seul, autorisée à transiger sur le procès; or, déférer le serment à son adversaire, c'est lui offrir une sorte de transaction : « Jusjurandum speciem transactionis continet. » (L. 2, ff. *de Jurej.*) Le serment, en effet, n'est pas un moyen comme un autre; la partie qui le défère, dessaisit, pour ainsi dire, la justice. Ce n'est plus le magistrat qui prononce; le sort du procès est remis tout entier à l'autre partie. Ce n'est donc plus plaider, à vrai dire, que de déférer le serment! c'est changer complétement la situation; c'est acquiescer ou se désister conditionnellement; c'est faire d'une instance litigieuse une convention véritable. Et on peut dire que dès ce moment, « non ex auctoritate judicis, sed ex pactione « ipsorum litigatorum deciditur controversia. » (L. 1, *hoc tit.*) Voilà bien pourquoi le tuteur, plaidant au nom du mineur, ne peut pas, en général, déférer le serment à son adversaire (art. 464; L. 17, § 2, ff. *hoc tit.*).

283. — Mais l'adversaire de la femme peut-il lui déférer le serment, sans qu'il soit besoin d'une nouvelle autorisation?

Ceci me paraît plus difficile. Ne pourrait-on pas, en effet, raisonner ainsi :

L'adversaire d'une femme mariée doit avoir contre elle les mêmes moyens de preuve judiciaire qu'il aurait contre toute autre partie adverse ; or, le serment est au nombre des moyens de preuve consacrés par la loi (art. 1316); il peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit (art. 1358) ; et l'article 1361 déclare aussi que « celui auquel le serment est déféré, qui le refuse ou ne consent pas à le référer à son adversaire, doit succomber dans sa demande ou dans son exception ; » donc, l'adversaire d'une femme mariée doit pouvoir lui déférer le serment. Est-ce que, par exemple, le juge ne pourrait pas lui déférer le serment d'office, dans les termes des articles 1366, 1367? sans aucun doute; or, la raison est la même pour les deux espèces de serments; c'est également, dans les deux cas, un mode d'instruction, un moyen de preuve, avec cette seule différence, que, dans le premier cas, c'est la partie elle-même qui défère le serment à son adversaire, tandis que c'est le juge qui le défère à l'une des parties dans le second cas; mais qu'importe quant à notre question? N'est-il pas vrai que l'autorisation, une fois accordée à la femme, d'ester en jugement, la rend capable pour toutes les suites, pour tous les incidents de l'instance? Qui veut la fin, veut les moyens! Que signifierait, d'ailleurs, une autorisation nouvelle? Sophie a été autorisée par son mari à plaider contre moi, et je lui défère le serment. — Il faut, dites-vous, appeler de nouveau son mari, et lui demander une autorisation nouvelle. — Mais voyez donc ce qui peut arriver! voilà le mari qui refuse son autorisation, tan-

dis que la femme déclare être prête à jurer; ou, au contraire, c'est la femme qui ne veut pas prêter le serment, quoique son mari l'autorise à jurer.... Comment allez-vous faire? direz-vous que si le mari, par exemple, refuse d'autoriser sa femme à prêter le serment décisoire, il faudra écarter ce moyen-là et continuer le procès? mais alors voilà l'adversaire privé de ce moyen très-important, de ce moyen suprême, *maximum remedium* (L. 1, ff. *hoc tit.*), que la loi offre à toutes les parties! c'est-à-dire que voilà un très-grand nombre de plaideurs, qui ne pourront pas déférer le serment, s'il plaît au mari de refuser l'autorisation à sa femme qui plaide contre eux! un tel résultat n'est pas admissible. Or, si le mari ne peut pas refuser l'autorisation, à quoi bon l'appeler de nouveau? ne s'ensuit-il pas que l'autorisation qu'il a accordée pour plaider, comprend virtuellement l'autorisation d'accepter le serment décisoire? c'est qu'il s'agit là, en effet, d'une détermination toute personnelle, d'un sentiment de conscience qui doit demeurer libre; et cela répond à l'objection qui invoquerait l'exemple des tuteurs auxquels, en effet, l'adversaire du mineur ne peut pas, en général, déférer le serment (*voy.* pourtant art. 2275); c'est que le serment ne peut être effectivement déféré que sur un fait personnel (art. 1359-1362).

La Cour d'Angers a toutefois jugé que la femme mariée ne peut pas, en vertu de la seule autorisation qui lui a été donnée d'ester en jugement, accepter le serment décisoire (28 janvier 1825, Poupard, Sirey, 1825, II, 159); et quelque sérieux que me paraissent les motifs qui précèdent, je crois finalement que cette décision est plus juridique. Il ne s'agit pas, bien entendu, de priver la partie adverse de la faculté de déférer à la femme le serment décisoire; mais ce qu'il faut, c'est que la femme à laquelle ce serment est déféré, soit ca-

pable de faire alors tout ce que cette situation particulière autorise. Il faut, dès lors, qu'elle puisse, soit prêter le serment, soit le refuser, soit le référer elle-même à son adversaire (art. 1361); or, la femme qui n'aurait pas été spécialement autorisée, à cet effet, ne pourrait pas référer le serment à son adversaire (*supra*, n° 282); donc, il faut en effet qu'elle soit autorisée pour que son adversaire lui défère utilement le serment décisoire. Il est très-juste de maintenir les droits de l'adversaire de la femme mariée; mais il ne l'est pas moins de maintenir aussi les droits de la femme, et de lui garantir l'égalité de position judiciaire. Et cela répond à l'argument tiré de ce que le juge pourrait déférer d'office le serment à la femme mariée sans aucune autorisation nouvelle. Outre que le serment *supplétif* ou *supplétoire*, très-différent du serment décisoire, ne dessaisit nullement la justice, et ne forme vraiment qu'un moyen d'instruction, remarquez que la partie à laquelle le juge le défère ne peut pas le référer à l'autre partie (art. 1368).

Ajoutons enfin que la nécessité d'une autorisation nouvelle et spéciale, pour le serment décisoire, présente encore beaucoup d'avantages. Le serment peut être un moyen très-facile de fraude; il peut servir de masque à des aliénations concertées; et sous ce rapport, il n'est pas exact de le présenter comme un moyen, qui soit et qui doive être, dans tous les cas, au service de tous les plaideurs! C'est précisément lorsqu'il y a des parties incapables d'aliéner, que la loi s'en défie : « Qui potest non donare, non potest confiteri. » (Pothier, *des Oblig.*, n° 915; Toullier, t. X, n° 375.)

284. — La femme autorisée à plaider peut-elle enfin passer un aveu? cet aveu fera-t-il foi contre elle, aux termes de l'article 1356?

La femme ne peut aliéner, ni directement, ni indirectement, sans l'autorisation de son mari; or, l'aveu peut renfermer une aliénation; il pourrait même souvent la déguiser; donc, il faut que la femme soit autorisée. — A la bonne heure! Je viens moi-même de le déclarer (*supra*, n° 283); mais ce que je soutiens ici, c'est que la femme autorisée à plaider est autorisée à courir toutes les chances de la lutte judiciaire. Comment! parce que mon adversaire serait une femme mariée, je ne pourrais pas, *de plano*, le faire interroger sur faits et articles, et il faudrait pour cela l'autorisation du mari! Est-ce que le mari pourrait la refuser, cette autorisation? non certes; mais alors à quoi bon la rendre nécessaire? il n'y a point ici l'objection qui nous a arrêté tout à l'heure, quand il s'agissait d'un serment décisoire déféré à la femme. Il ne s'agit à présent que d'un moyen de preuve, d'une voie d'instruction commune et réciproque (art. 1356 C. Napol., 324 C. procéd.). Il est vrai qu'un concert frauduleux pourrait encore ici favoriser une aliénation déguisée. Mais la fraude fait exception à toutes les règles, et nous réservons au mari le droit de la dénoncer (Cass., 22 avril 1828, Fonta-Brostaret, 1828, I, 222; Baroche, *Encyclop. du droit*, v° *Aveu*, art. 1, § 3, n° 20).

285. — La femme autorisée à ester en jugement est-elle dès lors suffisamment autorisée à suivre tous les degrés de juridiction et à employer toutes les voies de recours, bien entendu, dans l'affaire pour laquelle l'autorisation lui a été accordée?

Deux cas me paraissent d'abord ne pouvoir pas soulever de difficulté sérieuse :

1° Celui où l'autorisation a été formellement limitée à tel ou tel degré de juridiction, à telle ou telle voie de recours. Ainsi, la femme autorisée à plaider seulement *en première instance*, ne serait pas autorisée à plaider

en appel; — autorisée seulement à plaider *en appel*, elle ne pourrait pas, sans une nouvelle autorisation, plaider soit en demandant, soit en défendant devant la Cour de Cassation. L'autorisation aurait pu être refusée; elle a pu dès lors être accordée sous certaines restrictions et dans des limites déterminées. Elle ne vaut donc que sous ces restrictions et dans ces limites.

2° Le cas au contraire où la femme a été autorisée dans des termes absolus et indéfinis, à soutenir la lutte jusqu'au bout et par toutes les vois légales. Rien ne s'oppose assurément à ce que l'autorisation lui soit ainsi donnée; ce n'est pas là une autorisation *générale;* elle est *spéciale* au contraire pour l'instance dont il s'agit, et elle a été en effet, nous le supposons, spécialement donnée pour chacune des phases possibles de cette instance. La femme ainsi autorisée pourrait donc après le procès-verbal de non conciliation, plaider en première instance, — et après le jugement de première instance, plaider en appel, comme défenderesse ou comme demanderesse sans nouvelle autorisation (comp. Montpellier 1er mai 1825, Colmette, D., 1825, II, 190; Poitiers, 21 mai 1827, Rideau, Sirey, 1828, II, 22). De même qu'après l'arrêt de la Cour impériale. elle pourrait défendre au pourvoi en cassation ou le former elle-même (Cass., 2 août 1820, Aubery, D., 1820, I, 599).

286. — Mais l'embarras devient grand, lorsque l'autorisation a été accordée de telle sorte qu'on ne puisse pas dire précisément qu'elle soit plutôt restrictive qu'indéfinie, lorsque enfin elle ne s'explique pas même implicitement, sur la question qui nous occupe. Elle a été donnée, par exemple, *pour soutenir tel procès, pour former telle demande, etc.*

Comment alors l'interpréter?

Il me paraît utile de distinguer ici l'autorisation accordée par le mari lui-même d'avec l'autorisation accordée par la justice.

287. — 1° Supposons donc d'abord que c'est le mari qui a autorisé sa femme.

Plusieurs opinions sont en présence, divisées par des distinctions et même par des sous-distinctions.

A. La première enseigne qu'il faut à la femme une autorisation nouvelle pour chaque instance relative à la même action. Donc la simple autorisation de *plaider* ne vaut que pour la première instance, et ne lui suffit pas pour plaider en appel, soit en demandant, soit même en défendant. Donc la simple autorisation de plaider en appel ne lui suffit pas pour former un pourvoi en cassation ni pour y défendre : l'appel forme, à certains égards, une instance nouvelle; et *a fortiori* cela est-il vrai du pourvoi en cassation ou de la requête civile. Il peut y avoir lieu, pour la partie, à examen et à délibération sur le point de savoir s'il convient de soutenir encore le procès devant une juridiction supérieure et différente; et dès lors il est fort utile que le mari soit aussi de nouveau consulté. On ne doit donc pas présumer qu'il ait donné son autorisation d'avance *in omnem causam* pour épuiser toujours, et quand même! toutes les voies possibles de recours (Cass., 25 mars 1812, Lambert, Sirey, 1812, I, 317; Cass., 14 juill. 1819, Mignot, Sirey, 1819, I, 407; Aix, 3 mai 1827, Sabatier, Sirey, 1828, II, 346; Cass., 4 mars 1845, de Sainneville, Dev., 1845, I, 356; Cass., 15 déc. 1847, Picard, Dev., 1849, I, 293; Cass., 18 août 1857, Picard, D., 1857, I, 333; Duranton, t. II, n° 459; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 139; Mimerel, *Revue critique de jurisp.*, 1858, XII, p. 111, n° 3).

B. Une autre opinion distingue :

La femme a-t-elle perdu son procès en première instance ?

Il lui faut une nouvelle autorisation pour porter l'appel.

L'a-t-elle gagné ?

Elle n'a pas besoin d'autorisation pour défendre à l'appel porté par son adversaire, et celui-ci est dispensé de mettre en cause le mari.

Même distinction en ce qui concerne le pourvoi en cassation :

Comment croire que le mari, qui a autorisé sa femme à plaider, n'ait pas entendu l'autoriser à défendre la décision favorable par elle obtenue... à la défendre devant la Cour impériale, après le jugement du tribunal, et même devant la Cour de Cassation, après l'arrêt de la Cour impériale. Il n'y a point lieu alors à nouvel examen, à délibération nouvelle. Le succès a prouvé que la cause était bonne ; et dès lors l'autorisation doit être présumée donnée pour soutenir jusqu'au bout la décision qui l'a fait triompher (Riom, 20 mai 1839, Mosnier, Dev., 1839, II, 513 ; Cass., 5 août 1840, de Sainneville, Dev., 1840, I, 768-770 ; Cass., 24 fév. 1841, Eymard, Dev., 1841, I, 315 ; Cass., 25 janv. 1843, de Sainneville, Dev., 1843, I, 247).

Et on peut invoquer aussi, en faveur de cette distinction, ce qui se pratique à l'égard des communes auxquelles l'autorisation du conseil de préfecture est aussi nécessaire pour ester en jugement. Or, une commune, autorisée à plaider, n'a pas besoin de nouvelle autorisation pour défendre à l'appel interjeté contre elle, tandis que cette autorisation lui est nécessaire pour *porter* elle-même l'appel du jugement. Cette proposition, qui résulte aujourd'hui de la combinaison des articles 49-51-54 de la loi du 18 juillet 1837, était depuis longtemps consacrée par l'article 44 de

l'édit du mois d'août 1764; et la jurisprudence moderne l'avait aussi, dès avant la loi de 1837, presque généralement consacrée (Cass., 2 mai 1815, commune de Blaindechove, Sirey, 1815, I, 247; Cass., 23 juin 1835, Daspres, Dev., 1835, I, 417; Cass., 4 mai 1840, de Gastine, Dev., 1840, I, 656; Merlin, *Quest. de droit*, t. VIII, v° *Plaider* (autorisation), § 2; de Cormenin, *Quest. de droit adm.*, t. II, p. 136, 137).

C. Je reconnais ce que cette distinction a de spécieux et même aussi de raisonnable; mais pourtant elle ne va pas assez loin, suivant moi; et voici, pour mon compte, la solution que je proposerais :

L'autorisation accordée par le mari à sa femme d'ester en jugement, me paraît devoir l'habiliter certainement à employer toutes les voies ordinaires, soit en défendant, soit même en demandant.

Ainsi, la femme autorisée à plaider, qui a été condamnée par défaut, peut former opposition au jugement ou à l'arrêt; car l'opposition est une voie ordinaire, une voie dès lors prévue, et qui n'est pas à vrai dire une instance nouvelle, mais bien plutôt la même instance qui se rouvre (Montpellier, 6 mars 1828, Blanc, Sirey, 1829, II, 18).

Ainsi, la femme autorisée à plaider, a gagné en première instance. Je crois tout à fait, avec la seconde opinion, qu'elle n'a pas besoin de nouvelle autorisation pour se défendre en appel (comp. Cass., 15 mars 1848, Hugonel, Dev., 1848, I, 285).

Mais je vais plus loin, et il me semble que si elle a perdu devant les premiers juges, elle peut aussi porter elle-même l'appel sans une nouvelle autorisation : 1° La femme a été autorisée à plaider.... à ester en jugement...; qu'est-ce à dire? à faire valoir ses droits, à les défendre par tous les moyens, ordinaires du moins, que

la loi fournit aux plaideurs; or, l'appel est une voie ordinaire, une voie qui a été, qui a dû être prévue par le mari; donc, l'autorisation s'y applique. — 2° Il n'est pas exact de dire que l'appel constitue absolument une nouvelle instance, une instance distincte et différente... « Ce sont toujours, a très-bien dit la Cour de Bourges, ou du moins presque toujours, les mêmes droits à défendre, et les mêmes questions à juger.... » (27 novembre 1829, Dapremont, Sirey, 1830, II, 171.) L'appel, c'est avant tout la suite ordinaire du procès, la continuation naturelle de la défense. Appeler, c'est encore et toujours se défendre! et voilà bien pourquoi l'étranger, défendeur en première instance, et qui, à ce titre, n'avait pas été obligé de fournir la caution *judicatum solvi,* n'est pas obligé non plus de la fournir lorsqu'il porte lui-même l'appel du jugement qui l'a condamné (*voy.* notre t. I, n° 255). — 3° Mais il serait utile pourtant que le mari examinât de nouveau; la situation n'est pas la même! — Je réponds d'abord que le mari pouvait limiter son autorisation à la première instance, et que ne l'ayant pas fait, il est présumé avoir prévu un premier échec, et décidé d'avance qu'il y aurait lieu de ne pas se tenir encore pour battu; que d'ailleurs il peut toujours, s'il le croit utile, révoquer son autorisation; et que dès lors cette doctrine ne présente pas d'inconvénients, et a de plus sur tous les autres systèmes, l'avantage de ne pas multiplier inutilement les autorisations, c'est-à-dire les lenteurs et les frais. — 4° Il en est autrement en ce qui concerne les communes? — cela est vrai; mais les textes sont formels pour cette hypothèse spéciale; et ils peuvent s'expliquer par la crainte de cette humeur belliqueuse des communes, presque toujours portées à aller en avant quand même! Cela est si vrai que la nécessité d'une autorisation nouvelle pour appeler

du jugement de première instance, ne s'appliquerait pas au contribuable que le conseil de préfecture aurait autorisé à exercer, à ses risques, une action appartenant à la commune, parce que « le recours à la juridiction supérieure n'est, en réalité, que la continuation de l'action que le contribuable a été légalement autorisé à exercer.... » (Cass., 27 mai 1846, Grosselin, Dev., 1846, I, 497.) 5° Enfin, je sais bien encore qu'on a décidé que l'adversaire de la femme, mariée depuis le jugement de première instance, ne pouvait pas interjeter appel sans mettre en cause le mari, quoique le changement d'état ne lui eût pas été notifié (art. 342 et suiv. C. procéd.; Cass., 7 août 1815, Vandercolme, D., 1817, I, 515-532; ajout. aussi Cass., 7 oct. 1811, François, D., 1811, I, 481); d'où il faut aussi logiquement conclure que la femme, mariée depuis le jugement de première instance, ne pourrait pas non plus porter elle-même appel sans autorisation; ce qui permet de dire que l'appel est, dans ce cas, considéré comme une nouvelle instance. Il est vrai; mais je ne prétends pas non plus que la première instance se confonde absolument et sous tous les rapports avec l'instance d'appel. Ce serait là une exagération. Ce que je dis seulement, c'est que, pour la difficulté qui nous occupe, et où il ne s'agit, après tout, que d'interpréter l'intention la plus vraisemblable du mari, il est naturel de penser que son autorisation s'applique au procès même, au procès tout entier; or, c'est finalement, devant la cour, le même procès que devant le tribunal (Fouquet, *Encyclop. du droit*, n° 22).

288.—Appliquerons-nous au pourvoi en cassation ce que je viens de dire de l'opposition et de l'appel?

La question est plus délicate; car c'est là une voie extraordinaire de recours, qui exige de plus en plus examen et délibération.

Pourtant la femme autorisée à plaider n'est-elle pas, ainsi que nous venons de le voir, autorisée, dès lors, à défendre jusqu'au bout les décisions favorables qu'elle obtiendrait? une nouvelle autorisation ne paraîtrait donc pas nécessaire pour qu'elle pût défendre au pourvoi.

On pourrait même soutenir qu'elle serait capable aussi de former ce pourvoi, en vertu de cette autorisation primitive, qui lui permet, tant qu'elle n'est pas révoquée, de poursuivre le triomphe de son droit.

Mais je conseillerais néanmoins, dans tous les cas, à l'adversaire de la femme de mettre en cause le mari devant la Cour de Cassation.

289. — Pour ce qui concerne la tierce opposition, la requête civile, la prise à partie, voies extraordinaires, instances nouvelles, une autorisation nouvelle en effet et spéciale est certainement nécessaire à la femme (Lebrun, *de la Comm.*, liv. II, chap. I, sect. VI, n° 4).

290. — Les mêmes règles d'interprétation sont-elles applicables à l'autorisation accordée par la justice?

Une distinction paraît encore ici nécessaire :

Si le juge, qui a autorisé la femme, n'a accordé l'autorisation qu'incidemment à l'instance dont il était saisi, l'effet n'en saurait être étendu au delà de cette instance elle-même : « Attendu que si la dame..., par une disposition préalable du jugement qui a déclaré son action mal fondée, a été autorisée à ester en justice, c'est parce que le tribunal, saisi de l'action principale, s'est considéré comme légalement appelé à statuer sur la demande d'autorisation qui lui était présentée incidemment à l'instance principale; — que, par suite, cette autorisation était nécessairement limitée à l'instance portée devant ce tribunal; qu'elle ne pouvait être et n'a point été étendue à l'instance nouvelle que la dame.... a postérieurement intro-

duite elle-même devant la Cour impériale par l'appel qu'elle a interjeté....» (Cass., 5 août 1840, de Sainneville, Dev., 1840, I, 768; Cass., 4 mars 1845, Charpentier, Dev., 1845, I, 356.)

Que si, au contraire, l'autorisation a été accordée par la justice, sur une instance principale introduite conformément aux articles 861 et suivants du Code de procédure, à l'effet d'habiliter la femme à former une demande ou à y défendre, il me semble que cette autorisation doit alors recevoir la même étendue d'interprétation. — On pourrait objecter toutefois que le mari, dans ce cas, ne pourra point, si la femme avait perdu en première instance, révoquer cette autorisation, qui n'émane pas de lui, et qu'il serait pourtant très-fâcheux que le mari n'eût désormais aucun moyen d'empêcher sa femme de persister dans un mauvais procès. — Mais est-il vrai que le mari ne puisse en effet révoquer jamais, ou du moins faire révoquer l'autorisation accordée par la justice? C'est ce que nous examinerons bientôt (*infra*, n° 325).

291. — D'ailleurs, l'autorisation accordée, soit par le mari, soit par la justice, habilite la femme pour tous les actes accessoires, et pour toutes les suites de l'acte principal auquel elle s'applique. Qui veut la fin, veut les moyens.

C'est ainsi que l'autorisation de former une demande en justice comprend celle de comparaître préalablement devant le juge de paix en conciliation (Cass., 3 mai 1808, Piette, Sirey, 1808, I, 310).

Réciproquement l'autorisation de tenter la conciliation devant le bureau de paix, comprendrait-elle celle de former ensuite la demande en justice? Il est certain qu'elle ne comprend pas le pouvoir de transiger (n° 280); et c'est un motif pour croire qu'elle doit comprendre dès lors, à défaut de conciliation, l'auto-

risation de suivre le procès. Car enfin il faut bien que cette autorisation puisse conduire à quelque chose. Néanmoins, si elle a été donnée spécialement pour comparaître au bureau de paix, il me paraît plus sûr d'obtenir une nouvelle autorisation pour que la femme puisse ester en jugement devant le tribunal.

292. — C'est ainsi encore que l'autorisation accordée à la femme de poursuivre sa séparation de biens, comprend l'autorisation virtuelle de poursuivre l'exécution du jugement qui la prononce, de ce jugement qui lui-même, au besoin, lui confère implicitement la capacité d'exercer ses droits et de recouvrer ses reprises (*voy.* toutefois Cass., 11 janv. 1854, de Granval, Dev., 1854, I, 127).

Elle pourrait donc faire, à cet effet, un règlement amiable avec son mari, ainsi que le suppose l'article 1444, en admettant même que l'autorisation de justice lui fût, pour cela, nécessaire (Poitiers, 4 mars 1830, Cornuau-Pasquier, D., 1830, II, 282).

Pourrait-elle former une surenchère, soit qu'il s'agît de la vente de biens encore appartenant à son mari, soit qu'il s'agît de biens appartenant à un tiers, et sur lesquels elle aurait hypothèque?

Ceci est plus délicat :

La surenchère est en effet un acte très-grave, qui engendre des obligations et pour lequel, dès lors, il semblerait prudent de soumettre la femme à une autorisation spéciale (Cass., 14 juin 1824, Assire-Deschamps, Sirey, 1824, I, 321).

Pourtant la femme est autorisée à poursuivre l'exécution du jugement; elle doit même le faire exécuter sous peine de déchéance (art. 1444); il faut bien dès lors lui permettre d'employer tous les moyens nécessaires à cet effet; or, la surenchère est un de ces moyens, un de ceux qu'il faut souvent employer en

pareil cas; donc, la femme est suffisamment autorisée à y recourir. Et cet argument, une fois accepté, me paraît applicable à tous les cas, sans distinguer si le bien se trouve en la possession du mari ou en la possession d'un tiers (Orléans, 25 mars 1831, Trinquart, D., 1831, II, 167; Nîmes, 12 juillet 1831, Latourfondue, Dev., 1831, II, 220; Cass., 11 avril 1842, Balaffet, Dev., 1842, I, 315; Bourges, 25 févr. 1840, Garsault, Dev., 1843, I, 465; Cass., 29 mars 1853, Long, Dev., 1854, I, 442; *voy.* toutefois Grenoble, 30 août 1850, Cogne, Dev., 1851, II, 625; Toullier, t. XIII, n° 107; Troplong, *des Hyp.*, t. IV, n° 952).

293. — C'est par suite du même principe qu'on a été jusqu'à décider que la femme autorisée à ester en jugement sur une poursuite en séparation de corps, est par cela même autorisée à agir contre les tiers complices de la fraude faite à ses droits par le mari (Caen, 1re chambre, 21 janv. 1812, de Montreuil, et 25 février 1829, Delaferté).

294. — Pareillement, la femme autorisée à poursuivre un partage, est par cela seul autorisée à toucher sa part dans le prix d'une licitation (Poitiers, 28 février 1833, Mandineau, Dev., 1834, II, 168); et la femme autorisée à provoquer une licitation, l'est aussi virtuellement à provoquer une surenchère (Cass., 20 juill. 1835, Leguédois, Dev., 1835, I, 610).

295. — Il est surtout une espèce d'autorisation qui devait être très-largement interprétée; je veux parler de l'autorisation donnée à la femme de faire le commerce.

Aussi, écoutez les textes :

Code Napoléon, article 220 : « La femme, si elle est « marchande publique, peut, sans l'autorisation de « son mari, s'obliger pour ce qui concerne son né- « goce....» (Ajout. art. 1426.)

Code de commerce, article 5 : « La femme, si elle est « marchande publique, peut, sans l'autorisation de « son mari, s'obliger pour ce qui concerne son né- « goce.... »

Article 7 : « Les femmes marchandes publiques « peuvent également engager, hypothéquer et aliéner « leurs immeubles.

« Toutefois leurs biens stipulés dotaux, quand elles « sont mariées sous le régime dotal, ne peuvent être « hypothéqués ni aliénés que dans les cas déterminés « et avec les formes réglées par le Code Napoléon. »

La capacité de la femme marchande publique est, comme on le voit, fort étendue ; mais l'intérêt du commerce, la célérité de ses opérations, la nécessité même enfin l'exigeaient ainsi : « La femme, disait très-bien Pothier, n'ayant pas toujours son mari à ses côtés, qui puisse l'autoriser pour ces actes, lesquels le plus souvent ne souffrent pas de retardement. » (N° 21.) Cette autorisation est donc générale ; elle comprend tous les contrats, tous les actes relatifs au commerce que la femme est autorisée à faire : les ventes et achats de marchandises, les locations de magasins et boutiques, les louages de commis ou ouvriers, les billets ou lettres de change, qu'elle accepte ou qu'elle endosse, etc. (comp. art. 632, 633, 638 C. de com.).

En un mot, de même que l'article 487 du Code Napoléon déclare que « le mineur émancipé, qui fait un commerce, est réputé majeur pour les faits relatifs à ce commerce, » de même, on peut dire que la femme mariée, autorisée à faire le commerce, est réputée non mariée pour tous les actes relatifs à ce commerce. La capacité de la femme est même, dans ce cas, plus complète encore que celle du mineur émancipé ; car celui-ci ne peut aliéner ses immeubles qu'en suivant les formes prescrites par les articles 457 et suivants

du Code Napoléon (art. 6 C. de com.), tandis que la femme peut aliéner seule ses immeubles, excepté, sous le régime dotal, ses immeubles stipulés dotaux (art. 7 *eod.*).

Mais, bien entendu, ce n'est que *pour ce qui concerne son négoce*, que la femme peut ainsi s'obliger et aliéner sans nouvelle autorisation (art. 220 C. Nap., 5 C. de com.). Et de là quelques difficultés.

296. — Voici, par exemple, ce que M. Vazeille enseigne :

« L'acquisition d'une maison pour y établir une manufacture, une fabrique ou des magasins, n'est pas en soi un acte de commerce qui puisse se faire sans autorisation particulière. — Quoique la femme ait capacité pour engager dans son commerce ses biens paraphernaux et ses propres, elle ne peut pas seule souscrire le contrat de leur aliénation. — Elle ne pourrait pas mieux, sans le concours du mari ou l'autorisation de la justice, passer un acte formel pour hypothéquer ces biens à la sûreté de ses dettes commerciales. Quoiqu'elle puisse faire des protêts, des commandements, des saisies, elle ne peut procéder en justice à raison de son commerce sans autorisation spéciale. La femme en est dispensée pour les opérations directes de son négoce, à cause de leur multiplicité et de la rapidité de leur mouvement ; mais elle est soumise à cette condition pour les actes qui ne sont pas purement du négoce ou qui n'en sont que la suite indirecte, et qui peuvent être préparés par le temps et mûris par les conseils du mari. » (T. II, n° 233.)

Cette doctrine est-elle exacte? est-il vrai que la femme, marchande publique, ait besoin d'une autorisation spéciale soit pour acheter un immeuble, soit pour hypothéquer ou aliéner ses immeubles personnels dans l'intérêt de ses affaires commerciales?

On aurait pu l'exiger sans doute, et cela même eût été peut-être plus sage : l'achat, l'hypothèque ou l'aliénation d'un immeuble ne sont pas en soi des actes de commerce, lors même qu'ils sont faits par un commerçant et pour les besoins de son commerce; ils ne sont pas, ils ne doivent pas être fréquents ni en général d'une urgence pressante ; on ne permet pas d'ailleurs à la femme d'ester en jugement, même pour ses affaires de commerce, sans une autorisation spéciale (*supra*, n° 137) ; et il semble qu'il aurait été logique d'exiger aussi cette autorisation pour les actes importants dont il s'agit. N'est-il pas étrange, par exemple, que la femme puisse aliéner toute seule ses immeubles personnels, alors même que le mari en a la jouissance? Enfin, si l'autorisation de faire le commerce habilite la femme à tous les actes quelconques, qui, de près ou de loin, directement ou indirectement, peuvent intéresser son commerce, on ne saurait plus où s'arrêter. Elle pourra donc aussi, par exemple, construire, à grands frais, une maison, un édifice tout entier pour y installer ses magasins !

Il me paraît pourtant certain que cette doctrine est contraire à la théorie que les textes mêmes de la loi ont consacrée :

1° Aux termes des articles 220 du Code Napoléon et 5 du Code de commerce, « la femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger *pour ce qui concerne son négoce....* » La loi ne dit pas : *par des actes de commerce...*, *par des engagements commerciaux*, mais bien *pour ce qui concerne son négoce;* or, beaucoup d'actes, même non commerciaux, peuvent *concerner son négoce;* tous les jours, les négociants font des actes et contractent des engagements *pour ce qui concerne leur négoce*, quoique ces actes et ces engagements ne soient pas eux-mêmes

commerciaux, et ne les rendent point justiciables de la juridiction consulaire. Ainsi, par exemple, c'est une question de savoir si les travaux de réparations et d'embellissements faits à un établissement de commerce, café, magasin de soieries, etc., constituent un acte commercial (comp. Aix, 6 août 1829, Montanart, Sirey, 1829, II, 312; Bourges, 15 févr. 1842, Simonot, Dev., 1843, II, 21; Pardessus, *Droit comm.*, t. I, n° 19). Mais très-certainement c'est un acte *qui concerne le négoce* de celui qui fait de telles réparations; donc, la femme peut faire tous les actes, même non commerciaux, qui, d'ailleurs, concernent son négoce.

2° L'article 7 du Code de commerce est surtout, à cet égard, très-explicite : « Les femmes, marchandes « publiques, peuvent également engager, hypothéquer « et aliéner leurs immeubles.... » or, cette disposition serait d'une complète inutilité, si elle voulait dire seulement qne la femme pourra hypothéquer et aliéner ses immeubles avec l'autorisation de son mari ! on savait bien cela sans doute ! (Art. 217.) Donc, l'article 7 lui concède le droit d'hypothéquer et d'aliéner, comme l'article 5 le droit de s'obliger; *également*, dit-il, c'est-à-dire *sans l'autorisation de son mari pour ce qui concerne son négoce.* — On opposerait en vain l'article 1427 pour en conclure qu'il faut que la femme *contracte comme marchande publique*, c'est-à-dire en cette qualité même, ou encore l'article 1538, qui porte que, *dans aucun cas*, la femme ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement spécial de son mari. — Ce qu'il peut y avoir d'équivoque et de trop général dans cette rédaction est corrigé par les articles 220 du Code Napoléon, 5 et 7 du Code de commerce, qui ont précisément pour objet de déterminer la capacité de la femme marchande publique.

Concluons donc que la femme autorisée à faire le

commerce peut hypothéquer et aliéner ses immeubles sans autorisation nouvelle.

Et cela une fois admis, il paraît bien difficile de ne pas lui reconnaître le droit de faire même aussi des travaux, des constructions. D'abord, s'il ne s'agit que de travaux d'embellissements, d'*appropriation*, je ne crois pas que personne le lui conteste. Quant aux constructions toutes nouvelles, je conviens que la question est plus délicate. Ce n'est pas là, il faut le reconnaître, une suite directe et prévue ni un moyen nécessaire ou même ordinaire du commerce. Qu'un négociant hypothèque ou aliène ses immeubles pour se procurer des fonds, cela concerne bien son commerce; cela en est une conséquence et un moyen. Mais bâtir au lieu de louer, bâtir un édifice tout nouveau, c'est autre chose! et un tel acte ne concerne plus le négoce lui-même que d'une manière tout à fait indirecte et éloignée. Voilà ce qu'il faut dire aux tiers, fournisseurs, maçons, architectes, etc., qui voudraient, en pareil cas, traiter avec la femme. Mais en même temps j'ajoute que ce sera là une question de fait, et que la validité des engagements contractés par la femme pour une telle cause, dépendra des circonstances, du caractère et de l'importance de l'opération, de la position de la femme et de l'importance aussi plus ou moins grande de son commerce, de la bonne foi des tiers, etc. (*infra*, n° 301).

297. — N'allons pas trop loin pourtant de notre côté, et tâchons de bien marquer la limite où s'arrête la capacité de la femme autorisée à faire le commerce. La femme pourrait-elle, par exemple, en vertu de cette seule autorisation, contracter une société avec un tiers ou consentir un cautionnement?

A. La Cour de Caen paraît avoir décidé qu'un mineur émancipé, autorisé à faire le commerce, peut va-

lablement contracter une société commerciale avec un tiers (Caen, 11 août 1828, d'Harembure, D., 1831, II, 19; comp. aussi Douai, 21 juin 1827, Masquelet, Sirey, 1828, II, 39); et M. G. Massé, dans son remarquable ouvrage (*le Droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, t. III, n°s 95 et 175), approuve cette décision, et l'applique également aux femmes mariées : est-ce que la femme, aussi bien que le mineur, autorisés à faire le commerce, ne pourraient pas acheter et revendre une partie de marchandises de compte à demi avec un tiers? personne ne le soutiendrait; car c'est là un des expédients les meilleurs et souvent les plus nécessaires du commerce; or, s'ils peuvent contracter cette société en participation pour une affaire, pourquoi pas pour deux, pour trois, etc.? pourquoi pas pour une suite et un ensemble d'opérations? On les a jugés capables de faire le commerce; qu'on leur en laisse donc les moyens!

Cette solution, toutefois, que je n'accepterais même pas en ce qui concerne le mineur émancipé, me paraît surtout inadmissible à l'égard de la femme : ce n'est pas, bien entendu, que je prétende lui interdire l'achat ou la revente, de compte à demi avec un tiers, d'une partie de marchandises. Il ne s'agit pas ici de ces associations purement accidentelles, momentanées, passagères, qui constituent moins une société véritable qu'une simple opération faite en commun. Notre question est de savoir si la femme peut, même pour l'exploitation de la branche de commerce ou d'industrie qu'elle a été autorisée à exercer, peut, dis-je, former avec un tiers une société proprement dite, un véritable contrat de société pour une suite non interrompue d'affaires. Or, c'est là ce que je ne voudrais pas concéder : il me semble qu'on ne peut pas dire alors que la femme contracte *pour ce qui concerne son né-*

goce, dans l'acception véritable de ces mots. L'autorisation, qui lui a été accordée, comprend bien, et je l'ai moi-même reconnu, tous les actes par lesquels la femme elle-même et personnellement, peut exploiter son propre commerce. Mais cette société avec un tiers change complétement la situation; nous n'avons, après tout, ici qu'à interpréter l'intention probable du mari; or, je ne crois pas que le mari, qui autorise simplement sa femme à faire le commerce, entende, par cela seul, l'autoriser toujours à contracter une société sans son aveu, sans savoir comment, pour combien de temps, et surtout avec qui! Il a pu croire sa femme capable de faire elle-même le commerce, s'en rapporter à sa prudence, en conservant d'ailleurs toujours lui-même le droit de la surveiller et de révoquer son autorisation; or, ces garanties lui échappent si la femme a le droit de contracter seule une société avec des tiers; car elle pourrait choisir des associés téméraires ou insolvables; car désormais la surveillance du mari ne pourrait plus s'exercer, et son droit de révoquer l'autorisation serait en échec devant ce contrat de société! Ajoutez enfin, et surtout, l'intérêt moral du mari à ce que sa femme ne forme pas, à son insu, avec des tiers, un contrat qui, par sa nature même, entraîne toujours des relations plus ou moins familières et intimes (*voy.* aussi art. 1861, IIe partie; Pardessus, t. I, n° 66; Malepeyre et Jourdain, *des Société. commerc.*, tit. I, chap. I, sect. II, p. 13; Delangle, *des Société. commerc.*, t. I, n° 56).

Au reste, je reconnais que le consentement tacite du mari suffirait pour que la femme pût former un contrat de société; mais du moins est-il nécessaire (Comp. Paris 7 juill. 1860, Serrigny, *Gazette des Tribunaux* du 20 juill. 1860).

298. — B. Que la femme, même marchande publi-

que, ne puisse pas, sans une autorisation spéciale, cautionner une dette civile, c'est ce qui est généralement reconnu.

Mais pourrait-elle se rendre caution de la dette commerciale d'un autre commerçant?

On a répondu :

Oui, si la femme est associée d'intérêt avec le marchand qu'elle cautionne; non, dans le cas contraire (Merlin, *Rép.*, t. I, v° *Autor mar.*, sect., VII, n° 6; Vazeille, t. II, n° 332; Duranton, t. II, n° 479).

Cette distinction paraît, à première vue, fort logique, puisqu'on peut dire que, dans le premier cas, le cautionnement est ainsi donné par la femme *pour ce qui concerne son négoce* ; motif qui manque tout à fait dans le second cas.

Pourtant j'hésite beaucoup à l'adopter.

Nous ne supposons pas, bien entendu, que la dette de cet autre marchand, cautionnée par la femme, soit aussi la dette personnelle de celle-ci ; notre question, alors, ne serait même pas possible. Il faut donc supposer au contraire, que malgré cette association d'intérêt dont on parle, la femme n'est pas personnellement tenue de l'engagement qu'elle cautionne.

Cela posé, voici les deux motifs qui m'arrêtent: 1° la femme ne peut s'obliger que pour ce qui concerne son négoce; or, le cautionnement qu'elle souscrit dans l'intérêt d'un tiers, lors même que ce tiers serait marchand, associé d'intérêt avec elle, et même, si vous voulez, son débiteur, ce cautionnement n'est pas relatif à son négoce; donc, il excède sa capacité. Il n'est pas, dis-je, relatif à son négoce, car, lors même qu'elle aurait cessé d'être commerçante, elle pourrait encore cautionner ou ne pas cautionner ce marchand; donc, ce cautionnement n'est pas une suite et une conséquence de son commerce. Elle peut bien avoir inté-

rêt, sans doute, à ce que ce tiers, s'il est son débiteur, ne soit pas mis en faillite ; mais cet intérêt-là est indépendant de son négoce, en ce sens qu'il n'en est pas un moyen, qu'il n'en est pas un mode d'exercice ; cet intérêt-là, elle l'aurait à l'égard de tout autre débiteur, même d'obligations civiles. — 2° Quel moyen, dailleurs, aurait le créancier envers lequel la femme s'engagerait comme caution, quel moyen aurait-il de savoir que son débiteur est associé d'intérêt avec la femme? une simple déclaration de celle-ci suffirait donc ; et je vois là un sérieux danger. *Qui répond, paye!* et c'est avec raison que l'on considère le cautionnement comme une obligation périlleuse. Je conviens qu'il peut sembler étrange que la femme, marchande publique, ne puisse pas mettre un aval sur une lettre de change; mais enfin il me semble qu'il n'y a pas de milieu, et qu'il faudrait déclarer ou toujours nul, ou toujours valable le cautionnement consenti par la femme en faveur d'un marchand; or je viens de dire pourquoi je ne voudrais pas le déclarer toujours valable (Pardessus, *Droit comm.*, n°s 62 et 71).

299. — La femme peut-elle transiger sur les affaires et les droits relatifs à son négoce? Elle peut en disposer, et dès lors la question semble résolue par l'affirmative (art. 2045 ; *supra*, n° 159). — Mais peut-elle compromettre? (*Supra*, n° 160.)

300. — Nous venons de dire que la femme marchande publique, peut s'obliger, hypothéquer et aliéner pour ce qui concerne son négoce. Mais reste à déterminer comment on saura que l'obligation, l'hypothèque ou l'aliénation par elle consenties, étaient relatives à son négoce.

Tous les auteurs posent cette question, et s'accordent à la présenter comme très-importante; elle l'est, en effet, puisqu'il s'agit de la validité ou de la nullité

de l'opération : valable, si elle est relative au commerce de la femme ; nulle, ou du moins annulable, dans le cas contraire.

Pourtant, vous allez voir qu'il ne faudrait pas non plus attacher à cette question une importance exagérée.

Et d'abord elle ne peut pas même s'élever, en ce qui concerne les actes qui sont, par leur nature, commerciaux, et auxquels leur forme attribue, par elle seule, une cause commerciale. Point de doute, par exemple, que la femme qui souscrit des lettres de change ou des billets à ordre, ne soit réputée s'obliger pour ce qui concerne son négoce (art. 632 C. de comm.).

La difficulté n'existe donc que pour les actes civils, et qui ont une forme civile.

Or, même dans cette limite, voici déjà deux propositions qui me paraissent certaines :

1° La déclaration faite par la femme elle-même, que l'acte qu'elle consent est relatif à son négoce, cette déclaration, faite dans l'acte, suffit à l'égard des tiers pour que l'acte soit présumé concerner en effet le négoce de la femme ;

2° Les tiers ne sont pas tenus de suivre l'emploi des fonds par eux versés entre les mains de a femme, ni de s'assurer qu'elle les applique à ses affaires commerciales.

Je dis que ces deux règles sont certaines : soit parce qu'aucun texte n'oblige les tiers qui traitent avec la femme à vérifier la sincérité de sa déclaration, ou à surveiller l'emploi des deniers ; soit parce qu'en effet cette obligation serait tout à fait impossible à remplir ; car elle forcerait la femme à dévoiler le secret de ses affaires et de sa situation commerciale ; car les tiers, eux-mêmes, ne voudraient pas contracter à de telles conditions, et avec si peu de sécurité.

301. — Il ne s'agit donc maintenant que de savoir

de quel côté sera la présomption que l'acte est relatif au négoce de la femme, lorsque cet acte 1° ne sera point commercial par sa nature ou par sa forme; 2° et ne renfermera point la déclaration dont nous venons de parler.

Les auteurs sont, sur ce point, très-partagés.

Les uns professent que c'est, dans tous les cas, au tiers à prouver que l'affaire concernait le négoce de la femme; dans tous les cas, c'est-à-dire, soit qu'il s'agisse d'hypothèque ou d'aliénation, soit qu'il s'agisse d'emprunts consentis par acte notarié, ou même par simple billet : 1° La règle générale est que la femme mariée ne peut s'obliger ni aliéner sans autorisation; et c'est seulement par exception, par une exception étendue sans doute, mais enfin par exception, qu'elle en est dispensée, lorsqu'elle est marchande publique, pour ce qui concerne son négoce; or, ceux qui demandent la nullité de l'acte par elle consenti, invoquent la règle générale, et font, dès lors, suffisamment leur preuve; donc, c'est aux tiers, qui prétendent se placer dans l'exception, à prouver en effet qu'ils s'y trouvent. 2° Il faudrait, pour qu'il en fût autrement, que la loi eût établi une présomption en leur faveur; or, aucun texte n'a établi de présomption de ce genre; au contraire, tous les articles de la loi déclarent qu'elle ne peut ainsi s'obliger que *pour ce qui concerne son négoce* (art. 220 C. Nap., 5 C. de comm.), ou *pour le fait de son commerce* (art. 1426). — Opposera-t-on l'article 638 du Code de commerce ainsi conçu : « .... néanmoins, les billets souscrits par un négociant « seront censés faits pour son commerce.... » — Mais d'abord, cette présomption, en la supposant applicable à notre hypothèse, ne concernerait que les *billets*; il faut même aller plus loin, et la rejeter complétement. La présomption légale, dit l'article 1350, est celle qui

est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits; la présomption légale ne saurait donc être étendue d'un fait à un autre, d'un acte à un autre acte différent. L'étendre serait la créer, et c'est la *loi* seule qui peut créer une présomption *légale*; or, que résulte-t-il de la présomption écrite dans l'article 638 du Code de commerce? que le billet souscrit par un commerçant, dont la capacité d'ailleurs est pleine et entière, que ce billet est considéré, non pas comme une obligation civile, mais comme une obligation commerciale; la question à décider n'était pas là celle de savoir si l'engagement était nul ou valable, mais uniquement s'il était civil ou commercial; donc, ce serait détourner tout à fait l'article 638 de ses termes, et en fausser l'application, que de l'étendre à notre hypothèse, où il s'agit de décider, non pas si la cause de l'engagement est commerciale ou civile, mais bien si cet engagement lui-même est nul ou valable (Pardessus, *Droit comm.*, t. I, comp. n°s 62 et 71; G. Massé, *Droit comm.*, t. III, n° 93 et 175).

D'autres ont distingué entre les simples billets et les aliénations et même les emprunts consentis par acte notarié : la présomption de commercialité s'attache, d'après l'article 638 du Code de commerce, aux *billets souscrits par un commerçant;* or, on suppose que la femme est commerçante; donc, cette présomption lui est applicable. Mais il en est autrement des aliénations ou des obligations consenties par acte notarié : 1° parce que l'article 638 ne présume pas que de tels actes, souscrits par un commerçant, aient pour cause son commerce et qu'une présomption contraire résulte par cela même de cet article; 2° parce qu'en effet, l'usage n'est pas de souscrire des obligations commerciales devant notaire; 3° enfin, parce que l'emploi d'un acte notarié suppose, à la différence d'un simple

billet, que les parties peuvent prendre leur temps, que rien ne les presse, et que, dès lors, rien ne s'oppose non plus à ce que la femme obtienne une autorisation spéciale (Toullier, t. XII, n° 249-252; Marcadé, art. 220, n° 3).

Des sous-distinctions ont même encore été proposées : et c'est ainsi que M. Duranton enseigne 1° que le billet souscrit par la femme est présumé relatif à son négoce; 2° qu'il en est autrement des obligations consenties par elle devant notaire; 3° mais qu'en cas de vente de ses immeubles, la présomption est en faveur de l'acquéreur.... — Mais pourquoi donc? écoutez : « Cela paraît contredire ce que nous avons dit plus haut, relativement aux obligations de la femme passées par-devant notaire; mais il faut remarquer que l'article 7 permet à la femme d'aliéner ses immeubles, tandis que l'article 638 n'établit la présomption que l'obligation est souscrite pour fait de commerce, que pour les billets seulement.... » (Duranton, comp. *Traité des contrats*, t. I, n° 238, et *Cours de droit franç.*, t. II, n° 483).

Pour mon compte, il me semble que ces différentes solutions ne sont pas satisfaisantes; et je vais essayer d'établir, d'abord, que l'article 638 du Code de commerce, en ce qui concerne les *billets*, est complétement applicable à la femme marchande publique; ensuite, que même pour les obligations notariées ou pour les ventes d'immeubles par elle consenties, elles doivent aussi être présumées avoir eu pour cause les besoins de son négoce, en ce sens, du moins, qu'il suffit aux tiers, créanciers ou acquéreurs, de prouver qu'en fait rien ne les a avertis que l'obligation ou la vente fût étrangère au négoce de la femme :

Que l'article 638 soit applicable à la femme, c'est ce qui me paraît prouvé par son texte même et par

ses motifs : « Les billets souscrits par un commerçant sont censés faits pour son commerce.... » Or, la femme est commerçante ; donc, ses billets sont censés faits pour son commerce. Pourquoi d'ailleurs cette présomption? c'est que le commerce est la grande, la principale affaire de ceux qui en font leur profession ; c'est que le commerce exige des capitaux ; c'est que, dès lors, il est on ne peut plus vraisemblable que les billets souscrits par un négociant ont pour cause sa profession commerciale, et les besoins de son commerce ; or, ces motifs s'appliquent à tous les commerçants, quels qu'ils soient, majeurs, mineurs émancipés ou femmes mariées. — Mais voilà que du même coup vous déclarez l'obligation valable! — Eh ! sans doute ; mais je maintiens que c'est l'article 638 qui la déclare valable, par cela même qu'il la déclare commerciale (Valette sur Proudhon, t. I, p. 460, note *a*, 11).

Quant aux obligations notariées et aux ventes d'immeubles, je reconnais que nous n'avons pas de texte précisément *ad hoc*, qui crée en faveur des tiers une présomption semblable ; mais, pourtant, remarquez d'abord les termes généraux de l'article 7 du Code de commerce : « Les femmes marchandes publiques « peuvent également engager, hypothéquer et aliéner « leurs immeubles.... » L'article n'ajoute pas : *pour ce qui concerne leur négoce ;* » d'où l'on doit conclure, dit Delvincourt, que la seule qualité de marchande publique suffit pour valider l'aliénation. » (T. I, p. 76, note 6.) Nous venons de voir aussi M. Duranton enseigner que *la présomption est en faveur de l'acquéreur,* quoiqu'il ne veuille pas que cette présomption soit en faveur des créanciers par acte notarié. — Je n'admettrais pas cette différence ; et tout en signalant moi-même les termes de l'article 7 du Code de commerce, je crois

pourtant que la femme ne peut aliéner, comme elle ne peut s'obliger que pour *ce qui concerne son négoce...; également*, dit l'article 7; je ne fais donc pas de différence entre le créancier par acte notarié et l'acquéreur; mais je m'empare, dans l'intérêt des deux, dans l'intérêt de tous les tiers, je m'empare de la concession que l'on a faite au profit de l'acquéreur, et je demande, non pas qu'on la lui retire pour l'assimiler au créancier, mais bien plutôt qu'on l'étende au créancier par acte notarié, pour le traiter aussi favorablement que l'acquéreur; et je pense en effet que cela doit être. On a cru qu'il convenait d'habiliter la femme, marchande publique, à s'obliger, à hypothéquer, et à aliéner ses immeubles sans autorisation nouvelle et spéciale, cela est grave sans doute; et je ne l'ai pas nié (*supra*, n° 295). Mais, enfin, on l'a cru ainsi, et on l'a décidé. Eh bien! je dis que cette concession une fois faite, il faut l'accepter franchement, et ne pas la soumettre à des conditions qui la rendraient illusoire; or, telle serait, à mon avis, l'obligation qu'on imposerait aux tiers, acquéreurs ou prêteurs, de prouver que l'obligation notariée, ou la vente consentie par la femme, a eu pour cause son commerce. Encore une fois, comment voulez-vous qu'ils le sachent, qu'ils s'en assurent, et qu'ils en obtiennent surtout cette preuve que plus tard ils seraient tenus de fournir? Faudra-t-il que la femme leur montre ses livres, sa correspondance, sa caisse! ce serait lui rendre tout commerce impossible. — Mais on peut prendre son temps, quand on fait un acte notarié! — Que prouve cette objection? que la loi aurait pu exiger alors une autorisation spéciale; mais il ne s'agit pas de cela! — Mais on ne fait pas d'actes commerciaux devant notaire! — J'en conviens, du moins en général; mais il ne s'agit pas de cela encore; la question est de savoir, non pas si

l'acte notarié consenti par la femme est précisément commercial, mais bien *s'il concerne son négoce*, si par exemple, elle vend son immeuble pour en employer le prix à son négoce; or, je dis qu'en fait et même en droit (arg. des articles 631, 632 C. de comm.), cette présomption est très-vraisemblable. — Mais, enfin, que les tiers fassent faire à la femme une déclaration dans l'acte! — Je vous entends; mais, de bonne foi, où est, en raison, la différence? et quelle garantie pouvez-vous trouver, pour qui que ce soit, dans une telle déclaration! Est-il possible que le droit des tiers, que la validité du contrat dépende d'une simple déclaration, qu'il serait toujours si facile d'obtenir! Pour moi, par cela même que vous vous contentez de cette déclaration, je prétends qu'elle n'est pas nécessaire; et c'est ailleurs que j'irai chercher mes moyens de décision; c'est dans les faits, dans toutes les circonstances de l'acte, dans la nature de l'opération, dans son importance relative, etc., « ... ce qui dépendrait des circonstances, dit Lebrun; car si la femme, se gouvernant sagement dans le négoce que son mari lui a permis, avait emprunté de l'argent, on présumerait, quoiqu'elle ne l'eût pas exprimé, que ce serait pour son commerce...; mais si une marchande en usait mal et empruntait de toutes mains pour fournir au commerce de ses plaisirs, il faudrait que l'obligation fût causée pour fait de négoce, ou faite au profit de personnes avec qui elle avait un commerce réglé; autrement elle serait nulle.... » (*De la Comm.*, liv. II, chap. I, sect. I, n° 10.)

J'attacherais surtout la plus grande importance à la bonne foi du tiers, à sa conduite plus ou moins prudente et excusable, et je déciderais : 1° que la déclaration faite par la femme que l'acte a pour cause son commerce, n'empêcherait pas d'en prononcer la nullité

contre le tiers qui aurait su que cette déclaration était mensongère ; 2° mais aussi que l'absence de déclaration n'empêcherait pas l'acte d'être valable à l'égard du tiers, lors même qu'il n'aurait pas eu pour cause le négoce de la femme, si le tiers, d'après les faits, avait pu légitimement croire que la femme agissait dans l'intérêt de son commerce.

302. — Aussi, lorsque la femme, le mari ou tout autre demandent la nullité d'un acte consenti par la femme marchande publique, je ne pense pas qu'il leur suffise d'établir que cet acte ne concernait pas son négoce. — Dira-t-on que la présomption écrite dans l'article 638 du Code de commerce, n'est qu'une présomption simple, susceptible d'être détruite par la preuve contraire ? — sans doute ; mais quelle doit être cette preuve contraire ? voilà notre question. MM. Toullier (t. XII, n°s 249, 250) et Duranton (*des Contrats*, t. I, n° 237), paraissent se contenter de la preuve que l'acte n'était pas relatif au négoce de la femme ; à ce point que Toullier ajoute que même « s'il était dit que les billets sont pour cause de commerce, la femme ainsi que le mari pourrait également prouver la fausseté de la cause. » Mais n'avons-nous pas reconnu que le tiers n'a aucun moyen de vérifier cette déclaration ; qu'il n'a aucun moyen de surveiller l'emploi des fonds ; qu'il n'a aucun moyen enfin de s'assurer que la femme traite bien véritablement pour les besoins de son commerce ? or, si tout cela est vrai, comment voulez-vous le rendre responsable de la fausseté d'une cause qu'il ne peut pas vérifier ! — La présomption sera pour lui, dites-vous. — La belle affaire, si cette présomption peut être détruite par des moyens qu'il n'aura pas pu d'abord deviner, et qu'il ne pourra pas ensuite combattre ! Vous restez donc en chemin, et il faut faire un pas de plus ; il faut dire que l'acte devra être maintenu

quand l'autre partie aura été de bonne foi, quand elle aura pu sérieusement croire que l'acte concernait le négoce de la femme. La femme avait capacité pour cet acte ; le tiers ne doit pas être responsable de l'abus frauduleux qu'elle a pu faire de cette capacité, lorsque d'ailleurs il n'a lui-même encouru aucun reproche ni commis aucune imprudence (arg. des articles 2008, 2009 ; comp. Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 234 ; Aubry et Rau, t. IV, p. 134 ; Demante, t. I, n° 302 *bis*, I).

303. — La Cour de Cassation n'a-t-elle pas été toutefois trop loin, en déclarant valable la vente qu'une femme mariée, marchande publique, avait faite d'un de ses immeubles, *moyennant une rente viagère*, sans autorisation spéciale ? (8 septembre 1814, Montanier, Sirey, 1815, I, 39.) Je le crois ; car si étendue que soit sa capacité, et quoique que je veuille tenir grand compte de la bonne foi des tiers, il ne faut pourtant pas que l'acte lui-même leur démontre à première vue qu'il n'est pas relatif au commerce de la femme. La circonstance que, dans l'espèce, l'immeuble ainsi vendu avait été acheté par la femme elle-même avec les bénéfices faits dans son commerce, ne m'aurait point paru devoir modifier l'application de ce principe (*supra*, n°s 152 et 158).

304. — Au reste, remarquons bien que la femme n'acquiert cette capacité étendue, que lorsqu'elle a été autorisée à être *marchande publique*, c'est-à-dire à être commerçante et à faire des actes de commerce sa profession habituelle (art. 1 C. de comm.).

S'il ne s'agissait pour elle que de faire un acte ou même plusieurs actes isolés de commerce, il lui faudrait pour chacun d'eux une autorisation spéciale ; et rien alors ne ferait non plus obstacle à ce que même au refus du mari, elle fût autorisée par la justice (art. 219 ; *supra*, n° 248).

303. — Il n'y a, dis-je, que pour être marchande publique, qu'une autorisation générale soit valable. On peut toutefois se demander encore si cette autorisation ne doit pas avoir aussi, même dans ce cas, une certaine spécialité; si elle ne doit point, par exemple, désigner la branche d'industrie que la femme pourra exercer?

L'affirmative semblerait fort raisonnable; car la femme peut être propre à tel genre de commerce, et fort impropre à tel autre! Il y aurait d'ailleurs dans l'autorisation *de faire le commerce*, un vague et une indétermination qui offriraient beaucoup de dangers. Les textes enfin ne supposent-ils pas que la femme n'a de capacité que pour le genre de commerce que son mari l'a autorisée à faire, lorsqu'ils déclarent qu'elle peut s'obliger ou aliéner *pour ce qui concerne son négoce*? est-ce qu'une femme, marchande de toiles ou de dentelles, pourrait acheter commercialement du blé, du fer, du colza, etc.?

Prenons garde toutefois de nous avancer trop : il est vrai que si la femme en effet ne se livre publiquement qu'à une branche spéciale de commerce, elle n'est capable de faire, sans autorisation, que les actes relatifs à ce commerce. Quand l'autorisation est spéciale, en fait, il faut s'y tenir et n'en pas dépasser les termes. Mais en droit, faut-il qu'elle soit spéciale, c'est-à-dire qu'elle indique et qu'elle précise nécessairement l'espèce de commerce que la femme pourra exercer? Il me paraît difficile de le décider en principe, et je pense que c'est là surtout une question à résoudre d'après les faits et les circonstances. Il arrivera presque toujours que la femme se livrera à un genre de commerce déterminé, et que les termes illimités de l'autorisation auront reçu de la sorte une application spéciale et une détermination précise. Que si, au contraire, vous supposez une femme faisant çà et là des actes de commerce

de tous genres, sans se livrer spécialement à une branche déterminée de négoce, eh bien! je dis encore que si le mari l'y a autorisée expressément ou tacitement, elle doit être obligée; le texte n'exige pas d'autre condition à cette autorisation; et la bonne foi des tiers, la sécurité nécessaire au commerce ne permettraient pas qu'il en fût autrement (comp. Caen, 11 août 1828, d'Harembure, D., 1831, II, 19; Cass., 27 avril 1841, Eymard, Dev., 1841, I, 385; G. Massé, le *Droit comm.*, t. III, n° 168).

B. *Des effets de l'autorisation à l'égard du mari.*

306. — Il faut, à cet égard, distinguer l'autorisation accordée par le mari, de l'autorisation accordée par la justice.

Nous parlerons d'abord de la première.

307. — Régulièrement, l'autorisation par elle-même n'engendre point d'obligation personnelle de la part du mari. Elle n'a pour but et ne doit avoir pour résultat que d'effacer l'incapacité de la femme, et de la rendre habile soit à ester en jugement, soit à s'obliger envers les tiers. Le mari donc, en tant qu'il se borne à l'autoriser, ne s'oblige pas lui-même, et ne devient point partie dans le procès ou dans l'acte juridique quelconque, auquel il donne à sa femme l'autorisation de figurer. C'est là un principe de raison et aussi d'équité; car, nul ne doit être obligé, de cette manière du moins, s'il n'a pas consenti à l'être. De là cette maxime générale : *Qui auctor est non se obligat*, maxime empruntée à la loi 26, Cod., *de Administ. tut. vel curat.* (Montpellier, 10 floréal an XIII, Trebosc, Sirey, 1805, II, 68; Bordeaux, 30 mai 1816, Julie Lavergne, Sirey, 1817, II, 229; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Aut. mar.*, sect. VII *bis*, n° 1).

308. — Ce principe toutefois peut souvent se trouver modifié, à l'égard du mari, par l'effet des conventions matrimoniales; et c'est même une question délicate et controversée que celle de savoir dans quels cas, suivant les différents régimes, le mari lui-même est ou n'est pas obligé par l'autorisation qu'il accorde.

309. — Point de difficulté sous le régime de séparation de biens. Tous conviennent que, dans ce cas, le mari, ne profitant pas des avantages, n'est pas tenu des charges ni des dépens résultant des actes ou des procès que la femme a pu passer ou soutenir avec son autorisation. L'article 1450 que nous expliquerons plus tard n'est pas contraire à cette proposition.

310. — Pas de difficulté non plus sous le régime de la communauté, soit légale, soit même conventionnelle (art. 1528), en ce sens que tous encore reconnaissent que le mari peut être au contraire tenu, dans ce cas, des obligations contractées par la femme, qu'il a autorisée. Le texte est en effet formel; c'est ainsi que l'article 220 déclare que la femme marchande publique *oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux* (ajout. art. 1426 C. Napol., et 4, 5 C. de comm.).

Mais on se divise sur l'étendue et la portée de cet effet de l'autorisation maritale, sous le régime de la communauté.

Est-ce un effet général de l'autorisation sous ce régime, quelle que soit d'ailleurs l'espèce d'obligation contractée par la femme autorisée? n'est-ce pas plutôt un effet particulier à certaines obligations seulement?

Sur cela, trois opinions :

La première prétend que l'autorisation donnée par le mari à sa femme sous ce régime, l'oblige toujours personnellement lui-même, soit qu'il s'agisse d'un emprunt ou de toute autre affaire, soit même qu'il s'agisse

de l'acceptation d'une succession purement immobilière échue à sa femme. Écoutez l'article 1409 : « La « communauté se compose passivement.... 2° des det- « tes contractées par la femme du consentement du « mari, sauf la récompense dans les cas où elle a lieu; » — et l'article 1419 : « Les créanciers peuvent pour- « suivre le payement des dettes que la femme a con- « tractées avec le consentement du mari, tant sur les « biens de la communauté que sur ceux du mari ou de « la femme, sauf la récompense.... » — et l'article 1416, qui permet aussi aux créanciers d'une succession en partie mobilière et en partie immobilière, échue à la femme, de poursuivre leur payement sur les biens de la communauté, et par suite sur ceux du mari, si le mari a autorisé sa femme à l'accepter. Il est vrai que l'article 1413 porte que : « Si la succession purement « immobilière est échue à la femme, et que celle-ci « l'ait acceptée du consentement de son mari, les « créanciers de la succession peuvent poursuivre leur « payement sur tous les biens personnels de la « femme.... » d'où il semblerait résulter qu'ils ne peuvent le poursuivre ni sur les biens de la communauté, ni sur ceux du mari ; mais d'abord, d'après cet article même, ils peuvent poursuivre la pleine propriété des biens personnels de la femme, c'est-à-dire aussi la jouissance qui appartient à la communauté; et s'il y a quelque ambiguïté dans cette rédaction, elle est levée par tous les autres articles qui précèdent, et aussi par l'article 1426, qui prouve par argument *a contrario*, que *les actes* (le mot est aussi général que possible) faits par la femme du consentement du mari, obligent la communauté et le mari (Toullier, t. XII, n° 282).

La seconde opinion, tout en reconnaissant la règle générale écrite dans les articles 1409-2°, 1419 et 1426,

prétend que l'article 1413 y forme une exception singulière, exception fondée : 1° sur ce qu'il est évident alors que l'acte, pour lequel le mari autorise sa femme, n'intéresse effectivement que celle-ci; 2° sur ce qu'il s'agit d'un quasi-contrat, qui n'a pas mis la femme et le mari en rapport avec les tiers, et que ceux-ci dès lors, ne peuvent pas même alléguer qu'ils ont compté sur l'obligation personnelle du mari (Vazeille, t. II, n° 368).

Que les articles 220, 1409, 1419 et 1426 posent en principe que l'autorisation donnée par le mari à sa femme sous ce régime, l'oblige lui-même personnellement, c'est ce qui n'est pas douteux. Ce principe d'ailleurs est très-rationnel et très-sage : soit parce que la communauté fait naturellement présumer que les engagements contractés par la femme intéressent les deux époux (art. 1431); soit parce qu'une règle contraire eût favorisé bien des fraudes, et que le mari aurait pu, s'il est permis de dire ainsi, mettre toujours sa femme en avant, et tromper ainsi les tiers. Mais ces motifs mêmes prouvent assez que cette présomption ne devait pas être absolue. Dans quels cas doit-elle fléchir? — dans le cas seulement de l'article 1413, nous a-t-on dit tout à l'heure. — La troisième opinion va plus loin, et je la crois la meilleure; elle déclare que le mari ne sera obligé : 1° ni dans le cas de l'article 1413; 2° ni dans le cas de l'article 1432, c'est-à-dire lorsqu'il autorise simplement sa femme, soit à aliéner ses biens propres, soit à plaider relativement à ces biens. A la vérité, dans ce dernier cas, le tiers a pu se trouver à certains égards, en rapport avec le mari; et il y a, j'en conviens, un motif de moins que dans l'article 1413 pour déroger à l'article 1419. Mais reste toujours ce motif très-suffisant, savoir : que l'acte lui-même avertissait évidemment les tiers qu'il ne s'agissait que des intérêts personnels de la femme.

311. — Si le mari doit néanmoins supporter, même dans ce cas, les effets de l'acte ou du procès par lui autorisé, les supporter, dis-je, aux dépens de la jouissance qui lui appartient sur les biens personnels de sa femme, cela tient à un autre principe. C'est, dans le cas d'aliénation, parce que son consentement donné sans aucune réserve, fait présumer de sa part l'abandon de sa jouissance sur le bien aliéné; c'est aussi, dans tous les cas, qu'en ce qui concerne cette jouissance, il est lui-même intéressé dans l'acte passé ou dans le procès soutenu par sa femme avec son autorisation. Aussi est-ce là un effet commun à tous les régimes sous lesquels le mari a la jouissance des biens personnels de sa femme (Lyon, 2 fév. 1825, Saunier, D., 1825, II, 196; Pothier, *de la Puiss. du mari*, n° 13; Delvincourt, t. III, p. 18, n° 7; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 140; Demante, *Thémis*, t. VIII, p. 168, 170; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. IV, n°s 1769-1780; Valette sur Proudhon, t. I. p. 472, note *a*).

312. — On voit au reste que j'applique l'article 1419, non-seulement aux contrats, mais encore aux procès que la femme a soutenus avec l'autorisation de son mari, toutes les fois, bien entendu, qu'on se trouve dans les conditions de cet article, c'est-à-dire lorsque les tiers ont pu croire que le procès intéressait également la communauté et le mari; — tout cela, dis-je, à l'égard des tiers, et sauf récompense entre les époux (D., *Rec. alph.*, t. X, p. 148).

313. — Comment le mari est-il tenu des dettes ainsi contractées par la femme avec son consentement? par exemple, lorsqu'elle est marchande publique?

Le mari est-il tenu absolument de la même manière que la femme.... pour le total de la dette et même, s'il y a lieu, par corps?

Pour le total? oui; la communauté et le mari sont obligés par l'effet d'une présomption légale *de in rem verso*, de la présomption que la dette a été contractée dans leur intérêt, et qu'elle leur a profité; or, cette présomption s'applique nécessairement à toute la dette; donc, ils en doivent être tenus pour le tout (comp. art. 1419, 1426, 1484, 1486; Duranton, t, II, n° 481; Zachariæ, t. III, p. 446; Pardessus, *Droit comm.*, t. I, n° 67).

Par corps? non, malgré le sentiment contraire de nos anciens auteurs (Pothier, *de la Puiss. du mari*, n° 22; Bourjon, *Droit comm. de la France*, t. II, p. 708). S'il est vrai que le mari soit tenu solidairement de la dette contractée par sa femme, il ne s'ensuit pas qu'il doive être tenu de la même manière. L'obligation n'a pas en effet pour chacun d'eux la même cause ni le même caractère. D'ailleurs, aux termes de l'article 2063, la contrainte par corps ne peut être prononcée que dans les cas où une loi formelle l'autorise; or, aucun texte, ni dans le Code Napoléon, ni dans la loi postérieure du 17 avril 1832 sur la contrainte par corps, ne l'autorise, en pareil cas, contre le mari; donc, il ne saurait y être soumis. Aussi est-ce à cette occasion que M. Tronchet déclarait, dans le Conseil d'État, que « l'acte, emportant contrainte par corps, n'y soumet que la personne qui l'a signé. » (Fenet, t. IX, p. 77; Lyon, 26 juin 1822, Pyron, Sirey, 1823, II, 288; Toullier, t. XII, n° 245; Duranton, t. II, n^es 482-486; Vazeille, t. II, n° 358; Zachariæ, t. III, p. 447; Marcadé, art. 220, n° 2.)

314. — On a remarqué que « les auteurs du Code Napoléon paraissent n'avoir considéré les effets de l'autorisation que relativement aux époux mariés sous le régime de la communauté.... » (Fouquet, *Encyclop. du droit*, v° *Autorisation*, n° 90.) Du moins est-il cer-

tain que ce n'est que pour ce régime qu'ils ont formulé, sur ce sujet, des dispositions positives. Leur silence, en ce qui concerne les autres régimes, ne renferme-t-il pas ainsi lui-même une solution en sens contraire? cela n'est pas douteux pour la séparation de biens (*supra*, n° 309). Mais on ne peut nier que ce silence ne soit regrettable à l'égard du régime dotal et du régime exclusif de communauté.

Voici, par exemple, une question qui s'agite, question certes très-difficile et très-importante.

Les époux sont mariés, soit sous le régime dotal, soit sous le régime exclusif de communauté; et le mari a autorisé sa femme à faire le commerce, à exercer une industrie, un talent quelconque.

Les obligations contractées par la femme, en vertu de cette autorisation, obligeront-elles aussi le mari, comme sous le régime de la communauté?

Demander si le mari supporte les charges, c'est demander s'il recueille les bénéfices; car telle est, nous l'avons vu, la cause même de son obligation sous le régime de la communauté.

Eh bien donc, la question posée en ces termes, examinons-la d'abord sous le régime dotal, et ensuite sous le régime exclusif de communauté.

315. — A. Sous le régime dotal, une distinction doit d'abord être faite :

Si la femme ne s'est pas constitué en dot tous ses biens présents et à venir, et si c'est avec ses biens paraphernaux qu'elle exerce un commerce ou une industrie, il ne paraît pas contestable que le mari doit être tout à fait étranger aux bénéfices comme aux pertes. Quant à ses biens paraphernaux, la femme est véritablement séparée de biens (comp. art. 1449, 1538, 1575, 1576).

Supposons donc une constitution générale de tous

les biens présents et à venir (art. 1542). Le mari alors, qui a autorisé sa femme à exercer un commerce, une industrie, un talent quelconque, sera-t-il tenu des engagements contractés par elle, tenu, dis-je, soit quant au capital même, soit du moins quant aux intérêts?

Cela revient à savoir si les bénéfices lui appartiennent, soit irrévocablement comme fruits, soit comme capital dotal sujet à restitution; ou si au contraire la femme n'en doit pas tout à la fois conserver la propriété et la jouissance.

Pour prétendre que c'est au mari qu'ils appartiennent, on pourrait raisonner ainsi : 1° la constitution en dot comprend, on le suppose, tous les biens de la femme; or, son industrie est un bien; donc, elle est aussi constituée; 2° que l'industrie soit un bien, c'est ce qui résulte, soit de sa nature même et des principes généraux, soit des textes formels de la loi. Qu'est-ce en effet qu'un bien? c'est ce qui peut être utile à l'homme.... *bona ex eo dicuntur, quod beant.... beare est prodesse....* (L. 49, ff., *de Verb. signif.*); or, l'industrie de la personne est assurément *très-utile*, dans le sens technique et juridique de ce mot, c'est-à-dire susceptible de procurer des avantages positifs et des produits appréciables. Aussi voyez les textes! — L'article 1498, qui fait tomber dans la communauté d'acquêts les bénéfices provenant de l'industrie des époux; — l'article 1779, qui permet de faire de l'industrie l'objet d'un louage; — l'article 1833, qui porte qu'elle peut être l'objet d'une mise, d'un apport dans une société ordinaire!... Est-ce que, évidemment, tous ces textes ne regardent pas l'industrie comme un bien? — 3° Cela posé, et si l'industrie elle-même de la femme a été constituée en dot, la seconde question, la question subsidiaire est par cela même résolue :

les produits, les bénéfices appartiennent irrévocablement au mari, sans aucune charge de restitution ; car le fonds, le capital, c'est l'industrie, c'est la faculté de produire; les bénéfices ne sont que l'accessoire, que le résultat; et ils appartiennent en conséquence au mari. Les deux époux les partageront ensemble sous le régime de la communauté; le mari seul les gardera sous le régime dotal (art. 1549). D'où la conséquence qu'il sera seul tenu définitivement envers les créanciers de la totalité des engagements contractés par la femme (Delvincourt, t. I, p. 76, note 5; Duranton, t. II, n° 480; Vazeille, t. II, n° 360). Et il faut bien vraiment qu'il en soit ainsi; car enfin la femme ne peut pas aliéner ses biens dotaux, même avec le consentement du mari; or, si le mari lui-même n'était pas obligé envers les créanciers, il en résulterait que ceux-ci n'auraient absolument aucun moyen de se faire payer! Et voilà pourquoi sans doute « la loi n'a considéré l'effet de l'autorisation que relativement aux époux en communauté; c'est que sous le régime dotal, la femme est incapable de toutes obligations autres que celles qui peuvent résulter des jugements rendus contre elle à raison de ses délits ou quasi-délits, de ses biens ou de ses droits. » (D., *Rec., alph.*, t. X, p. 148, v° *Mariage*, sect. XII, § 4, n° 4.)

Je ne saurais pourtant accepter cette doctrine.

Et d'abord, on semble nous dire que, dans notre système, la question ne peut même pas naître. — Avec quoi voulez-vous que la femme fasse le commerce! et quel est celui qui traiterait avec elle, puisque, d'une part, le mari ne serait pas engagé, et que, d'autre part, tous les biens de la femme elle-même sont dotaux et inaliénables? (Art. 7 C. de comm.) — Que la question doive être, en pareil cas, beaucoup plus rare, je le concède; mais je nie qu'elle soit impossible. Sup-

posez qu'un tiers, reconnaissant l'aptitude toute spéciale de la femme, et confiant dans sa probité, lui ait prêté des fonds pour faire le commerce; supposez qu'elle ait commencé d'abord elle-même sans capitaux, et, qu'avec ses gains et son crédit, elle soit parvenue à fonder un établissement commercial; ce sont là des hypothèses assurément très-possibles. Eh bien! je dis alors que le mari n'aura aucun droit à exercer, aucune obligation à remplir :

1° La théorie, que j'essaye de combattre, me paraît d'abord contraire aux textes mêmes de la loi. Dans quels cas le mari, qui a autorisé sa femme à faire un commerce séparé, est-il obligé lui-même? La réponse du texte est très-nette : *s'il y a communauté entre eux* (ajout. art. 1426 C. Nap., 5 C. de comm.); donc, il n'est pas obligé, s'il n'y a pas entre eux communauté. Car, remarquez que la loi ne dit pas : *s'il y a séparation de biens*. Elle veut plus! elle veut qu'il y ait communauté. Aussi voyez les articles 67 et 69 du Code de commerce : « L'époux séparé de biens, ou marié « sous le régime dotal, qui embrasserait la profession « de commerçant postérieurement à son mariage, sera « tenu..., etc. » On ne fait donc pas, à cet égard, de différence entre la séparation de biens et le régime dotal, dès que les époux ne sont pas en communauté.

2° Et les textes sont, en effet, très-conformes aux principes;—l'industrie est un *bien*, dites-vous! — voilà ce qui me paraît inexact. L'industrie! mais c'est la personne elle-même; c'est sa force, son intelligence! Oui, je le répète, c'est sa personne, c'est elle-même! Comment concevoir ces qualités essentiellement personnelles, comment les concevoir distinctes et en dehors de la personne! cette femme est auteur; cette femme est peintre.... Où voyez-vous là un *bien*, à moins d'appeler ainsi son imagination, son intelligence! Et

cela est vrai de toutes les facultés de la personne, depuis les plus nobles et les plus rares jusqu'aux plus humbles et aux plus vulgaires ; ce sont là des aptitudes, des qualités, innées ou acquises par le travail. Mais des *biens*, dans le sens juridique de ce mot! des *biens*, qui soient dans notre patrimoine, susceptibles des qualifications de meuble ou d'immeuble, susceptibles d'être aliénés ou constitués en dot! non, cela ne peut pas être. L'industrie, sans doute, est un moyen de fortune; elle est une source de *biens;* mais elle n'est pas elle-même un bien! Aussi les textes du Code Napoléon ne l'ont-ils pas dit. On cite l'article 1833. Écoutez donc cet article même : «.... Chaque associé « doit y apporter (dans la société) ou de l'argent, ou « d'autres biens, ou son industrie; » donc, l'industrie elle-même n'est pas considérée comme un bien; la preuve est textuelle. — On dit : mais les produits de l'industrie et de l'intelligence des époux entrent même dans la simple communauté d'acquêts (art. 1401, 1498, 1527). — Oui; mais prenez garde que ce n'est pas l'industrie elle-même qui y entre. Eh! mais si elle y entrait, elle appartiendrait, après la dissolution de la communauté, par moitié aux héritiers de l'autre conjoint prédécédé! or, c'est là ce que personne ne voudrait soutenir. Que résulte-t-il donc seulement des articles précités? c'est que le régime en communauté est une convention, dans laquelle les deux époux, de part et d'autre, mettent toujours en commun, non pas certes leur industrie, mais toute leur collaboration et tous leurs efforts pour la prospérité de la société conjugale. Chacun alors est également réputé travailler en commun, travailler pour soi en même temps que pour son conjoint. Bien différent est le régime dotal. Alors même que la constitution comprend tous les biens présents et à venir de la femme, elle ne comprend pas

son industrie; elle ne peut pas, elle ne doit pas la comprendre, parce que cela serait contraire aux principes, contraire presque toujours à l'équité, et par suite à la commune intention des parties (art. 1135), contraire enfin à toutes les traditions de notre droit.

Je viens de dire pourquoi les principes s'y opposent : c'est que l'industrie n'est pas un bien susceptible d'aliénation; or, la constitution en dot est une espèce d'aliénation; c'est une concession d'usufruit pour toute la durée du mariage, c'est-à-dire le plus ordinairement pour toute la vie de la femme; or, nul, pas plus la femme dans le mariage que tout autre, dans quelque convention que ce soit, ne peut aliéner à toujours son industrie, c'est-à-dire, mettre à toujours ses facultés, sa personne même, au service d'un autre (art. 1780); et quoiqu'on ait paru juger le contraire (Cass., 21 août 1839, Feuchères, Dev., 1839, I, 663), je n'hésite pas à croire que c'est là un principe général et absolu.

On peut bien, il est vrai, s'engager, pour un temps, à faire dans l'intérêt d'un autre un certain travail, à lui rendre un certain service; voilà en quel sens on dit improprement que l'industrie elle-même peut être l'objet d'un contrat de louage. Mais c'est seulement alors une obligation de faire, que l'on contracte; et encore une fois, une telle obligation ne peut jamais être contractée que pour un temps. N'y aurait-il pas, en outre, une véritable iniquité dans cette condition qui serait faite alors à la femme? Comment! elle serait, par exemple, marchande publique, dévouant son temps et ses facultés au commerce, exposée à toutes les suites périlleuses de cette profession, à la contrainte par corps, à la faillite, à la banqueroute!... et tout cela, pour rien! sans aucun intérêt, sans aucune compensation pour elle-même! Elle gagnerait, comme au-

teur, 50 ou 100 000 fr. par an (nous en avons des exemples); et elle n'en conserverait pas une obole! mais, en vérité, le droit romain ne traitait pas autrement les esclaves! (L. 20 et 23, § 1, ff. *de Usufructu*). Dites donc alors que la femme, sous le régime dotal, ne peut pas faire un commerce séparé; dites qu'elle ne peut être que le *commis*, que le *facteur* de son mari; cela sera, du moins, plus net. Mais permettre à la femme de faire un commerce séparé; et puis conclure qu'elle n'y a elle-même aucune espèce d'intérêt, ni perte, ni profit, c'est presque de l'ironie! Tel ne me paraît pas être l'esprit de notre Code.

Voyez l'article 387 :

« La jouissance légale des père et mère ne s'étendra « pas aux biens que les enfants pourront acquérir par « un travail et une industrie séparés.... » disposition, sans doute, qui a pour but de récompenser, d'encourager le travail et la bonne conduite, mais dans laquelle il est permis de voir aussi une application du principe de la *personnalité* de l'industrie.

Écoutez enfin nos anciens auteurs, le président Boyer d'abord :

« Si mulier esset chirurgica aut obstetrix, sive ballia « vel lanifica, tunc id quod adquisivit ex istis ope- « ribus, sibi et non viro dicitur adquisivisse; quia, « ut inquit Baldus, mulier ad præceptum viri nego- « tiari non tenetur..., nisi in obsequialibus et reve- « rentialibus. » (Décis. 81.)

Et Vedel (*Observations sur Catellan*, t. II, p. 12) n'est pas moins explicite :

« Si la femme qui cohabite avec son mari ne peut tirer avantage de la diligence et de l'industrie qu'elle fait paraître par son économie et son travail journalier dans les affaires domestiques, cela tombe sur l'industrie de la femme dans l'économie de la mé-

nagerie ou dans le métier que son mari exerce, et nullement sur toute autre industrie propre à la femme, qu'il dépend d'elle de mettre en œuvre.... »

C'est qu'en effet il faut distinguer, je dirais presque deux sortes d'*industrie* de la femme :

L'une, qui est celle de la femme de ménage, de la *bonne mère de famille*, industrie domestique, d'intérieur.... *de la ménagerie*, comme dit Vedel; celle-là profite, sous tous les régimes, au mari, à la famille; c'est l'effet de la cohabitation; c'est l'assistance promise par l'article 212;

L'autre, qui forme une aptitude spéciale, une profession, un état, une industrie enfin, qu'il dépend de la femme d'exercer ou de ne pas exercer. Eh bien! c'est de celle-ci que je prétends qu'il ne revient rien au mari sous le régime dotal : rien à titre de fruits; car cette industrie n'est pas un *bien;* et dès lors ses produits ne sauraient être considérés juridiquement comme des fruits (Massé, *le Droit comm.*, t. III, liv. III, n° 185, et liv. IV); rien, à titre de capital dotal dont il aurait la jouissance; car l'industrie elle-même n'ayant pas été constituée, ses produits doivent demeurer par cela même aussi en dehors de la dot; car on ne pourrait les déclarer dotaux qu'en les déclarant inaliénables (suivant la jurisprudence du moins qui étend la règle de l'inaliénabilité aux meubles dotaux); or, ce serait là une violation des principes du régime dotal; car je ne crois pas que la constitution même la plus générale des biens présents et à venir, puisse comprendre les capitaux ou acquisitions résultant des économies ou des bénéfices faits dans un commerce, soit par les deux époux, dans le cas d'une société d'acquêts stipulée en même temps que le régime dotal, soit par la femme après sa séparation de biens.

Si donc le mari n'a aucun droit aux bénéfices ni

pour le capital, ni pour les intérêts, notre conclusion doit être qu'il n'est pas davantage tenu des dettes ni pour le capital, ni pour les intérêts (comp. Toulouse, 2 août 1825, Valette, D., 1826, II, 22; Toulouse, 17 déc. 1831, Pailhac, D., 1832, II, 31; Pardessus, *Droit com.*, t. I, n° 68; Massé, t. III, n°s 185 et 372.)

316. — B. La même solution est-elle applicable au cas où les époux sont mariés sous le régime exclusif de communauté?

Il est clair que ceux qui attribuent au mari, dans le régime dotal, tous les bénéfices et toutes les charges du commerce entrepris par la femme, doivent, à plus forte raison, les lui attribuer sous le régime exclusif de communauté. Tel est, en effet, le sentiment de M. Duranton : 1° aux termes de l'article 1531, le mari n'est tenu de rendre à la femme, après la dissolution du mariage ou la séparation de biens, que le mobilier qu'elle a apporté en dot ou celui qui lui est échu pendant le mariage; or, il résulte de différents textes, et particulièrement des articles 1498, 1500, 1503 et 1527, que les bénéfices résultant de l'industrie des époux ne sont pas compris, en matière de communauté, dans le mobilier futur; donc, le mari perçoit les bénéfices résultant du commerce de la femme sans aucune obligation de restitution; 2° la dot de la femme ne peut pas lui être restituée avant les époques déterminées par la loi, c'est-à-dire avant la dissolution du mariage ou la séparation de biens (art. 1395, 1531); or, il faudrait, dans l'opinion contraire, que sa dot lui fût restituée, en tout ou en partie, pendant le mariage pour qu'elle pût faire le commerce; donc, on doit conclure que l'article 220 est alors applicable au mari, c'est-à-dire que, profitant seul des bénéfices, il supporterait seul aussi les pertes, et n'en devrait pas moins restituer ensuite à la femme tous ses biens personnels (Du-

ranton, t. II, n° 480, t. XV, n° 259; Zachariæ, t. III, p. 559.)

Pourquoi je refuse au mari l'acquisition irrévocable et définitive des bénéfices résultant du commerce de la femme, je viens de le dire (*supra*, n° 315); car les mêmes motifs que j'ai présentés pour le régime dotal, me paraissent, de tout point, applicables au régime exclusif de communauté. Ce ne sont pas là des *fruits!* Il est vrai que les articles 1498, 1500, 1503 et 1527 ne les confondent pas non plus absolument avec le mobilier qui peut advenir aux époux à titre de succession ou de donation; mais j'ai déjà remarqué que ces dispositions s'appliquent à la communauté, soit légale, soit conventionnelle, mais seulement à la communauté; or, le régime, qui nous occupe, en est précisément, non pas une modification, mais *l'exclusion* même! Quant à l'argument tiré des articles 1395 et 1531, il n'est pas, à mon avis, concluant. Il est très-vrai que le mari ne peut pas restituer à sa femme ses biens dotaux avant les époques déterminées par la loi; mais il ne faut pas en conclure pourtant que la femme ne puisse pas, pendant le mariage, contracter, avec l'autorisation de son mari, des obligations, par suite desquelles ses biens seront saisis et vendus; il ne faut pas en conclure que le mari ne peut pas l'autoriser même à les aliéner ou à les hypothéquer directement pour une dette à elle propre. Et, en pareil cas, comment prétendre que le mari sera néanmoins tenu de restituer encore les biens ainsi expropriés et vendus?

Mais faut-il refuser ici au mari, comme nous l'avons fait sous le régime dotal, la jouissance même des sommes provenant de l'industrie de la femme? ceci me paraît plus délicat. Pour l'affirmative, on pourrait dire qu'entre l'exclusion de communauté et le régime

dotal avec constitution de tous les biens présents et à venir, il n'y a véritablement qu'une différence, capitale, sans doute, mais unique, savoir : l'inaliénabilité qui caractérise le régime dotal ; mais que, sous les autres rapports et particulièrement en ce qui concerne la jouissance qui appartient au mari sur tous les biens de la femme, les principes sont les mêmes (comp. art. 1530-1549). D'où l'on conclurait que si le mari n'a pas, sous le régime dotal, la jouissance de ce qui provient de l'industrie de sa femme, il ne doit pas non plus l'avoir sous le régime exclusif de communauté, qui, bien que placé dans le chapitre II, intitulé *du Régime en communauté*, s'en trouve néanmoins distingué et profondément séparé par l'article 1528.

Cet avis pourtant ne serait pas le mien, et je pense que, sous le régime exclusif de communauté, le mari doit avoir les intérêts des sommes provenant de l'industrie de la femme : 1° le mari alors, par suite de l'autorisation qu'il a donnée, a permis à sa femme d'engager la pleine propriété de ses biens, et il peut, dès lors, être atteint dans la jouissance qui lui appartient; or, la règle de compensation et de réciprocité, qui nous dirige dans toute cette discussion, exige que sa jouissance, qui peut être diminuée par cette cause, puisse aussi être augmentée ; 2° en tout cas, il me semble qu'il y a aussi, entre le régime dotal et l'exclusion de communauté, cette différence, que celui-ci, par sa nature, sauf le cas exceptionnel de l'article 1534, n'admet pas en général de biens paraphernaux ; la femme promet alors de contribuer aux charges du ménage, non pas seulement jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus, comme sous la séparation de biens (art. 1537-1574), non pas seulement jusqu'à concurrence des revenus des biens par elle

constitués précisément *ad hoc*, comme sous le régime dotal; elle s'engage plus généralement à y apporter les fruits de *tout ce qui lui échoit pendant le mariage;* et l'article 1401 prouve la généralité du mot *échoir*, ainsi employé. Tel n'est pas absolument le régime dotal! il comporte, par sa nature même, des biens paraphernaux (art. 1574), et le mari n'a droit qu'aux fruits des biens constitués; or, je ne crois pas que l'on puisse considérer comme constitué le capital provenant d'une industrie, d'un talent, c'est-à-dire le résultat d'une qualité personnelle à la femme, d'une qualité, si j'osais dire ainsi, essentiellement *paraphernale!* (Toullier, t. XIV, n° 23; Pardessus, t. I, n° 68; Valette sur Proudhon, t. I, p. 460, 461, note *a*, 111; Massé, t. III, n° 185.)

317. — Mais quand est-ce alors qu'on pourra dire qu'il y a un capital qui doit entrer dans les mains du mari pour qu'il en ait la jouissance? On ne saurait admettre que la femme soit tenue, à chaque moment, de verser entre les mains du mari ses bénéfices, même les plus modiques, au fur et à mesure qu'elle les fait. Il n'y aurait, à cette condition, aucun commerce possible. Je crois donc qu'en principe général ces bénéfices ne deviennent une *échute* au profit du mari (art. 1531), que lorsque la femme cesse le commerce; et le mari a le moyen de réaliser les bénéfices s'il croit le moment venu, en retirant son autorisation. C'est là une preuve de plus encore que les bénéfices du commerce de la femme constituent un capital, et ne sont pas des fruits.

318. — Quant à l'autorisation de justice, la règle générale est qu'elle ne peut point préjudicier au mari. Non-seulement donc les actes passés par la femme, ou les condamnations prononcées contre elle, ne confèrent, en ce cas, aux tiers aucun droit de poursuite

sur les biens de la communauté ni sur ceux du mari ; mais la jouissance même des biens personnels de la femme doit être respectée dans ses mains ; et les tiers n'ont d'action que sur la nue propriété (comp. art. 1426, 1413, 1417, 1424 et 1555 ; Demante, t. I, n° 298 *bis*.)

319. — Cette règle me paraît applicable dans tous les cas où la femme n'a agi qu'avec l'autorisation du juge, sans distinguer si cette autorisation lui a été accordée sur le refus ou à raison d'une incapacité du mari.

Il est vrai que les articles 1413 et 1417 ne sembleraient prévoir que *le refus du mari ;* mais c'est là une simple énonciation. L'article 1426, qui a spécialement pour but de poser le principe, s'exprime, au contraire, dans les termes les plus absolus : « Les actes « faits par la femme *sans le consentement du mari* et « même avec l'autorisation de la justice, n'engagent « point les biens de la communauté...; » l'article 1427 confirme de plus en plus la généralité de ce principe, par l'exception même qu'il y fait pour le cas d'*absence*. Donc, pour tous les autres cas, minorité, interdiction ou condamnation du mari à une peine infamante, l'article 1426 devra être maintenu; car il sera toujours vrai de dire que l'autorisation de justice est étrangère au mari, et que la femme s'est obligée *sans son consentement* (Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 141; Duranton, t. XIV, n° 302.)

320. — De là il faut conclure que si la justice avait autorisé la femme à faire le commerce, soit au refus, soit à raison de l'incapacité du mari (*supra*, n° 248), celui-ci ne serait pas obligé par les engagements commerciaux de sa femme (Duranton, t. II, n° 477 ; Marcadé, art. 220, n° 2).

321. — Pour ce qui est de l'exception écrite dans

l'article 1427, elle est facile à justifier; ce n'est, à vrai dire, qu'une application de l'article 112; et voilà pourquoi je pense, et j'essayerai plus tard de le prouver, que cet article ne devrait pas être restreint aux deux causes d'engagement qu'il énonce. Pourquoi donc, en cas d'absence, même seulement présumée du mari, la femme ne pourrait-elle pas être autorisée par la justice à faire tous les actes que la *nécessité* réclame? (*Voy.* notre t. II, nos 111 et 271.)

322. — Le mari a certainement le droit de révoquer l'autorisation qu'il a lui-même accordée. Cette autorisation n'est pas un contrat, mais un acte d'autorité et de surveillance; et il se peut que de nouveaux motifs lui paraissent déterminants pour la retirer (*voy.* aussi t. III, n° 56).

323. — Il faut toutefois que les choses soient entières, et que la révocation n'ait pas lieu d'une façon préjudiciable (arg. des articles 1869, 1870). Cette réflexion s'applique surtout au cas où le mari aurait autorisé sa femme à faire le commerce. Il ne serait pas juste qu'il pût retirer brusquement et *ab irato*, cette autorisation dans le moment peut-être le plus inopportun, au risque d'exposer la femme à des pertes considérables, ou même à lui faire manquer le succès d'opérations heureusement commencées. La femme alors pourrait se pourvoir devant la justice (art. 861 et suiv. procéd.; Locré, *Législ. civ.*, t. XVII, p. 157.)

324. — L'autorisation serait-elle révocable dans le cas même où elle aurait été accordée par contrat de mariage?

Le doute vient de ce caractère d'immutabilité qui s'attache aux conventions matrimoniales (art. 1395; ajout. 1856). Aussi les articles 223 et 1538 déclarent-ils valable l'autorisation, accordée à la femme par contrat de mariage, d'administrer elle-même sa

fortune; c'est alors, en effet, le régime de la séparation de biens, régime irrévocable comme tous les autres.

Mais, hors ce cas, je pense que toute autre autorisation accordée par contrat de mariage serait *nulle* ou *révocable :*

Nulle, s'il s'agissait d'une autorisation générale (*supra*, n° 203);

Révocable, si l'autorisation était spéciale, ou si elle avait pour but d'habiliter la femme à faire le commerce.

Je ne crois pas en effet que, même par contrat de mariage, le mari puisse jamais abdiquer son droit d'autorisation, et par suite de révocation, pour tous les cas où la loi soumet la femme à cette condition pendant le mariage.

Le mari aurait donc le droit de révoquer son autorisation lors même que la femme, déjà commerçante avant le mariage, aurait stipulé, dans le contrat, la faculté de continuer son commerce. D'abord, si les époux sont communs en biens, on ne peut pas admettre que la femme soit fondée à persister obstinément, presque sans péril pour elle-même, dans des opérations désastreuses : je dis sans péril pour elle-même, puisqu'en renonçant à la communauté, elle peut laisser définitivement à la charge du mari toutes ses dettes commerciales (art. 220, 1431, 1483, 1494).

Et même, en cas de séparation de biens ou de corps, l'autorité maritale doit conserver toujours le droit de révocation.

Mais c'est alors surtout que la femme pourra en appeler à la justice, qui prendra en grande considération toutes ces circonstances, savoir : que la femme exerçait déjà le commerce avant son mariage; qu'elle a

stipulé, dans son contrat, la faculté de le continuer; qu'elle y a stipulé aussi la séparation de biens, ou qu'elle l'a obtenue par jugement avant la révocation que le mari vient de faire de son autorisation. Il me semble que s'il est en effet reconnu que cette révocation est inopportune et intempestive, ou même injuste et arbitraire, la justice pourrait autoriser la femme à continuer son commerce, soit pendant un temps suffisant pour mener à fin des affaires commencées, soit même sans détermination de délai. J'ai pensé, il est vrai, que rigoureusement la justice ne peut pas autoriser la femme à faire le commerce, et qu'il faut alors le consentement du mari (*supra*, n° 248). Mais la question est différente; il ne s'agit ici que d'apprécier les conséquences légitimes du consentement donné par le mari lui-même. Cette solution, qui me paraît concilier tous les droits et tous les intérêts, est aussi conforme à l'intention des auteurs de nos Codes. M. Regnauld avait même proposé, dans le Conseil d'État, une rédaction ainsi concue : « Le mari peut, en tout temps, faire cesser le commerce de sa femme, sauf à elle à réclamer devant les tribunaux pour se faire autoriser, s'il y a lieu, à le continuer. » (Locré, *Législ. civ.*, t. XVII, p. 157.) Cette disposition n'a pas été, il est vrai, convertie en loi; mais tout annonce qu'elle exprimait l'opinion presque unanime du Conseil (Zachariæ, t. III, p. 335-342; Toullier, t. XII, n°s 257-259; Pardessus, t. I, n° 64; *voy.* toutefois G. Massé, *Droit comm.*, t. III, n° 171).

325. — Le mari peut-il révoquer l'autorisation accordée à sa femme par la justice?

La révoquer.... lui-même et de sa seule autorité? cela ne paraît pas admissible; car, en droit, il y a là un jugement, un acte de l'autorité judiciaire que l'autorité maritale, si respectable qu'elle soit, ne saurait

annuler ; et, en fait, il serait fort à craindre que le mari ne pût ainsi rendre illusoire l'autorisation de justice (*voy.* toutefois Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 139).

Il est pourtant très-désirable que cette autorisation elle-même puisse être retirée, surtout si vous supposez qu'elle ait habilité la femme à faire le commerce. Ne dites pas que le mari n'y a pas d'intérêt, puisque les actes ainsi passés par la femme ne lui sont point opposables. — Son intérêt, pour être moindre, existe pourtant toujours ; car il lui importe assurément, dans tous les cas, que la femme ne compromette point sa fortune.

Comment donc faire ? Je pense que le mari devrait suivre à son tour, pour faire révoquer l'autorisation judiciaire, les mêmes formes que la loi a organisées, lorsqu'il s'agit de l'obtenir (art. 861 et suiv. procéd.). Ce mode de procéder me paraîtrait répondre convenablement aux deux objections qui précèdent.

326. — Quant à l'effet de la révocation, il est bien clair qu'elle ne saurait rétroagir au préjudice des tiers ; tout acte déjà passé par la femme en vertu de l'autorisation depuis révoquée, doit donc être maintenu (art. 1451).

Elle ne s'applique donc qu'à l'avenir ; et encore faut-il que les tiers aient pu la connaître (arg. des articles 2008, 2009). La loi n'a pas déterminé les moyens par lesquels ils devraient en être avertis. Le mari doit y aviser, suivant les cas, de la manière la plus directe et la plus sûre. C'est surtout lorsque la femme fait le commerce, qu'il importe de procurer le plus de publicité possible à la révocation de l'autorisation. L'affiche au tribunal et l'insertion dans les journaux sont, en pareil cas, les meilleurs moyens, et ceux que la loi elle-même indique, par voie d'analogie

du moins (art. 501, 1445, 1451 C. Nap.; 872 procéd.; 67-69 C. de comm.), Ce seront là d'ailleurs des questions de fait, à décider d'après l'équité, la bonne foi des parties et toutes les autres circonstances.

II. — Des effets du défaut d'autorisation.

327.—Le défaut d'autorisation produit une nullité dont nous allons examiner le caractère et les effets.

Mais, avant tout, on peut se demander si cette nullité résulte toujours du défaut d'autorisation, ou du moins si elle est toujours proposable.

La femme, par exemple, a trompé les tiers sur son état, en se présentant comme fille ou comme veuve?

En règle générale, chacun doit s'assurer de la capacité de la personne avec laquelle il plaide ou contracte (L. 19, ff., *de Reg. juris*). La *simple déclaration* de capacité faite par un incapable ne saurait suffire pour effacer la nullité de ses actes (arg. de l'article 1307). Je crois, dis-je, malgré le dissentiment de Marcadé (art. 225, n° 3), que c'est là une règle générale. Toutes les incapacités seraient, sans cela, illusoires! Le mari et la femme pourraient donc, même dans ce cas, proposer la nullité (Cass., 15 nov. 1836, Lofficial, Dev., 1836, I, 909).

328. — Mais la femme a employé des manœuvres frauduleuses? elle a produit un faux acte d'autorisation, un faux acte de décès de son mari? Oh! alors, ce n'est plus seulement la *simple* déclaration dont parle l'article 1307; c'est un délit ou un quasi-délit; or, nous avons vu que la femme est obligée par cette cause.

Pourra-t-elle alors proposer la nullité des actes passés par elle sans autorisation?

Oui, suivant MM. Aubry et Rau, *à la charge de ré-*

pondre du dommage qu'elle a causé par son délit (sur Zachariæ, t. IV, p. 147; ajout. Toullier, t. II, n° 624; Vazeille, t. II, n° 314);

Non, suivant presque tous les autres interprètes, et je le crois ainsi moi-même : soit parce que son dol doit élever contre elle une fin de non-recevoir; soit parce que la réparation la plus exacte de ce dol est le maintien de l'engagement lui-même (art. 1310, 1382; Grenoble, 15 juin 1824, Allard Lauz, D., *Rec. alph.*, t. X, p. 138; Pothier, *de la Puiss. du mari*, n°s 53, 54; Duranton, t. II, n°s 462, 494, 495; Duvergier sur Toullier, *loc. supra*).

329. — Le mariage célébré en pays étranger n'a pas été transcrit en France? (*Voy.* notre t. III, n° 229, p. 357.)

330. — Le mariage, même célébré en France, a été tenu secret? (*Voy.* aussi t. III, n° 297.)

331. — Le mari était absent? (*Voy.* notre t. II, n° 267.)

332. — La femme passait pour fille ou pour veuve? cette erreur régnait dans tout le pays, c'était *l'erreur commune*? Cette hypothèse est plus délicate. Nous ne supposons pas, bien entendu, que les époux aient tenu leur mariage secret, ou que la femme ait employé des manœuvres frauduleuses; ces deux cas ont été expliqués. Il s'agit seulement ici soit d'une femme que le public croit veuve sur la foi d'un rapport qui a faussement accrédité la nouvelle du décès de son mari, soit même d'une femme dont on ignore le mariage parce qu'elle ne demeure point avec son mari; l'un est à Paris, l'autre à Marseille.

Zachariæ et ses habiles annotateurs enseignent « qu'on ne peut invoquer ici la maxime *error communis facit jus*, parce qu'il ne s'agit pas, comme au cas où le mariage a été tenu secret, d'une erreur in-

vincible.... » (T. III, p. 347, note 91.) — J'aimerais mieux, pour mon compte, ne voir encore là qu'une question de fait. On devra sans doute se montrer alors plus sévère; car il ne faut pas que les incapables eux-mêmes puissent trop facilement, en cachant leur état, se soustraire à leur incapacité; ce serait là *une simple déclaration* d'une autre espèce. Mais il n'est pas néanmoins impossible que, même dans ces circonstances, l'erreur commune soit telle, si unanime, si accréditée, que les tiers soient fondés à l'invoquer. C'est le principe de la célèbre loi *Barbarius Philippus* (3, ff. *de Off.*, *Præt.*). Il est vrai que ce principe est plus facile à justifier lorsqu'il s'agit de maintenir les actes émanés d'un individu qui a été indûment investi d'une fonction publique; car les tiers n'avaient pas qualité pour vérifier ses titres, pour quereller son institution; l'erreur de l'autorité publique, qui l'a nommé, ne saurait donc leur être préjudiciable (Cass., 26 août 1831, Lapelouse, D., 1831, I, 287). Mais les puissantes considérations d'utilité générale et d'ordre public, sur lesquelles repose cette maxime, doivent aussi la rendre applicable, même dans l'ordre des relations privées; et les lois elles-mêmes l'ont, de tout temps, ainsi reconnu (comp. L. 3, pr., ff. *de Senat. Macedon.*; art. 1240-2009 C. Nap.; Aix, 30 juill. 1838, Legat, Dev., 1839, II, 85; Caen, 5 janv. 1844, Pellerin, *Rec. de Caen*, t. VIII, p. 178). On pourrait d'ailleurs justifier par l'article 1382 l'application particulière que nous faisons ici de ce principe; car la femme mariée, qui prend ainsi publiquement la qualité de fille ou de veuve, pourrait être, suivant les cas, considérée comme responsable envers les tiers par suite d'une espèce de délit ou de quasi-délit (Pothier, n°s 28 et 54; Toullier, t. II, n° 623; Duranton, t. II, n° 495).

333. — L'autorisation, en vertu de laquelle la femme a agi, avait été révoquée? (*Supra*, n°s 322, 323.)

334. — La femme avait une autorisation, mais elle ne l'a pas montrée? (*Supra*, n° 195.)

335. — Il s'agit d'une femme étrangère? Si d'après la loi personnelle de son pays, elle n'avait pas besoin d'autorisation pour l'acte qu'elle a passé, je ne crois pas qu'elle puisse, ni elle, ni son mari, invoquer la loi française qui exigeait, pour cet acte, une autorisation. Nous avons vu qu'en principe général, les étrangers demeurent soumis, en France, aux lois, personnelles de leur patrie, à moins que l'application de ces lois, en France, n'y devienne la cause d'un désordre public ou d'une injustice privée; or, s'il est vrai que la règle de l'autorisation maritale soit d'ordre public, c'est en ce sens qu'elle se propose la bonne organisation et la bonne discipline de nos familles à nous, de nos familles françaises; mais il ne me semble pas que le maintien d'un acte consenti sans autorisation par une femme étrangère, soit un fait assez grave pour troubler chez nous l'ordre social. J'appliquerais donc, dans ce cas, le principe, lors même que l'engagement aurait été contracté en France par la femme étrangère, et devrait être exécuté sur ses biens situés en France; lors même aussi que cette femme y demeurerait depuis longtemps. Ces différentes circonstances n'empêchent pas qu'elle ne soit étrangère, toujours soumise, par conséquent, à sa loi personnelle (comp. Bruxelles, 23 fév. 1808, Homerogen, Sirey, 1810, II, 489; Bruxelles, 19 août 1811, Perdrizet, Sirey, 1812, II, 264; Zachariæ, t. III, p. 247; Fouquet, *Encyclop. du droit*, n° 59; *voy.* aussi notre t. I, n°s 88 et 98).

Quant à l'hypothèse inverse, c'est-à-dire à celle où, au contraire, la femme étrangère, capable de s'obliger

sans autorisation, d'après la loi française, aurait eu besoin d'autorisation d'après sa loi personnelle, je m'en suis aussi expliqué ailleurs (t. I, n° 102).

336. — Est-ce le demandeur en nullité qui doit prouver le défaut d'autorisation?

Oui, pourrait-on dire; car il affirme (L. 2, ff. *de Probat.*); car c'est lui, demandeur, qui doit prouver que son action est fondée; or, elle ne le sera qu'autant que la femme, en effet, n'aura pas obtenu d'autorisation.

Mais, d'abord, est-ce que l'incapacité de la femme mariée ne constitue pas son état normal? est-ce qu'elle n'est pas la règle, et dès lors, n'est-ce pas à celui qui prétend se placer dans l'exception, à prouver qu'il s'y trouve? *reus in exceptione actor est* (L. 1, ff. *de Except.*). Mais surtout, comment voulez-vous que le demandeur vous prouve qu'il n'y a pas eu d'autorisation? Est-ce que la preuve d'un fait purement négatif est possible? (Paris, 2 janvier 1808, Coraly, Sirey, 1808, II, 791; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 142; Massé et Vergé, t. I, p. 243; Fouquet, *Encyclop. du droit*, n° 70.)

337. — La nullité, résultant du défaut d'autorisation, était autrefois absolue, proposable même par ceux qui avaient contracté avec la femme; et l'obligation, entachée de ce vice, n'admettait ni cautionnement ni ratification. Tel était, du moins, le sentiment le plus général sous l'empire des coutumes; aussi, ne doit-on invoquer qu'avec réserve les opinions de nos anciens jurisconsultes sur ce sujet (Pothier, *de la Puiss. du mari*, n°s 5, 74 et 78; *Introd. au tit. X de la Cout. d'Orléans*, n° 144; *Nouveau Denizart*, v° *Autor.*, § 2, n° 15; *voy.* toutefois Bourjon, *Droit comm. de la France*, t. I, IVe part., sect. II, n° 8; et Lebrun, *de la Comm.*, liv. II, chap. I, section V, n° 3).

338. — C'est qu'en effet le Code Napoléon est très-

différent ; et la nullité, aujourd'hui, n'est incontestablement que relative, et ne saurait être considérée comme une nullité touchant à l'ordre public (comp. Cass., 4 avril 1853, Bray, Dev., 1853, I, 480).

Or, dire qu'une nullité est relative, c'est exprimer en général les trois propositions que voici :

1° Qu'elle n'est proposable que par certaines personnes seulement, dans l'intérêt desquelles elle a été introduite ;

2° Qu'elle doit être demandée en justice, et qu'elle ne peut l'être que pendant un certain temps ;

3° Qu'elle est susceptible de confirmation ou de ratification.

Ce n'est pas ici le lieu d'exposer complétement ces trois caractères de la nullité qui nous occupe ; c'est dans le titre *des Contrats* (liv. III, tit. III), que le Code Napoléon en a spécialement tracé les règles (art. 1108, 1124, 1125, 1304, 1338).

Nous devons donc nous borner à quelques explications qui porteront surtout sur la première proposition que nous venons d'exprimer, parce qu'elle est, en effet, spécialement énoncée dans notre titre même (art. 225).

339. — 1° Je dis que la nullité n'est proposable que par certaines personnes seulement :

Article 225 : « La nullité fondée sur le défaut d'auto-« risation ne peut être opposée que par la femme, par « le mari ou par leurs héritiers. »

Article 1125 : « Le mineur, l'interdit et la femme « mariée ne peuvent attaquer, pour cause d'incapa-« cité, leurs engagements, *que dans les cas prévus par « la loi.*

« Les personnes capables de s'engager ne peuvent « opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de « la femme mariée, avec qui elles ont contracté. »

Que signifient ces mots : « dans les cas prévus par la loi...? » est-ce à dire que le défaut d'autorisation ne suffit pas pour que la nullité existe? faut-il, en outre, un texte spécial qui la prononce, ou quelque autre condition encore?

Nous n'avons pas à nous expliquer en ce moment sur les actes passés par les interdits et par les mineurs; nous ne parlons ici que des femmes mariées, et en ce qui les concerne, il ne faut pas hésiter à reconnaître que la nullité résulte du seul défaut d'autorisation (art. 225), indépendamment de tout autre texte et de toute autre condition. Sans doute, l'autorisation n'est exigée que *dans les cas exprimés par la loi* (art. 1124); mais, dans ces cas, le défaut d'autorisation produit, par lui-même et par lui seul, une nullité qu'on pourrait presque, sous ce rapport, appeler *absolue*, en ce sens qu'elle dérive nécessairement de ce vice une fois démontré. Peu importe que l'affaire traitée par la femme soit bonne ou mauvaise; il ne s'agit pas de *lésion*, il s'agit d'*incapacité*. — Mais, enfin, qu'a voulu dire l'article 1125? Il est probable qu'il a seulement voulu indiquer les conditions de durée et autres, auxquelles est soumis l'exercice de cette nullité...; *dans les cas prévus par la loi*..., c'est-à-dire dans le délai de dix ans (art. 1304), et avant toute ratification (art. 1338).

340. — La nullité, dit l'article 225, ne peut être opposée que par la femme, par le mari ou par leurs héritiers.

Pourquoi par la femme? parce que les intérêts matrimoniaux, que la loi veut protéger, sont aussi les siens, parce que la sanction la plus efficace d'une incapacité consiste précisément dans le droit de l'incapable de s'en prévaloir lui-même contre les tiers.

Pourquoi par le mari? 1° avant tout, dans l'intérêt

de son autorité maritale et indépendamment de tout intérêt pécuniaire; 2° dans l'intérêt collectif du mariage, pour que la femme, fût-elle même séparée de biens, ne puisse pas compromettre son patrimoine.

341. — Pourquoi enfin par *leurs* héritiers? rien de plus simple à l'égard des héritiers de la femme; c'est là une action comme une autre, qu'ils trouvent dans la succession de leur auteur (art. 724).

Mais les héritiers du mari, comment donc et à quel titre peuvent-ils avoir cette action? Dans l'intérêt de l'autorité maritale? il n'y en a plus, et apparemment ils n'y peuvent pas succéder. — Dans l'intérêt collectif du mariage? Il n'y a plus de mariage, plus d'intérêts matrimoniaux. Bien plus! le mari lui-même ne pourrait pas intenter cette action après la dissolution du mariage. La femme prédécédée avait vendu sans autorisation un de ses immeubles personnels; sa succession est dévolue à son frère, et voilà le mari qui demande la nullité de la vente. Mais de quoi se mêle-t-il maintenant! est-ce que cette action-là n'appartient pas exclusivement à l'héritier, qui seul a intérêt, qui seul profiterait du résultat? Or, si le mari lui-même, après le mariage, ne peut pas intenter l'action, ses héritiers ne le peuvent pas davantage. — Pourtant le texte est formel!... par *leurs* héritiers.... donc aussi par les héritiers du mari. — C'est vrai, le texte est positif; mais il est fort difficile d'en trouver une application. Il est évident que les héritiers du mari, comme le mari lui-même survivant, ne pourraient proposer la nullité qu'autant qu'ils y auraient un intérêt pécuniaire, en tant qu'héritiers du mari. Or, comment imaginer cette hypothèse? L'acte passé par la femme sans autorisation est en effet, à l'égard du mari, *res inter alios acta;* nous avons vu que l'engagement contracté par la femme même avec l'autorisation judi-

ciaire, ne peut pas nuire au mari, ni compromettre les droits que lui confèrent ses conventions matrimoniales sur les biens propres de la femme ; *a fortiori* doit-il en être de même de l'engagement contracté par elle sans aucune espèce d'autorisation ! Aussi, je le répète, est-il fort difficile de comprendre comment les héritiers du mari, *en cette qualité*, pourraient exercer l'action. — On a cité toutefois le cas où la femme aurait renoncé, sans autorisation, à une succession mobilière qui devait tomber dans la communauté (Marcadé, art. 225, n° 4). — On pourrait dire, en effet, que si les actes passés par la femme sans autorisation, ne peuvent nuire aux droits du mari, ce n'est qu'autant que ces droits lui étaient déjà personnellement acquis ; or, dans le cas d'une succession mobilière échue à la femme, le droit du mari n'est véritablement acquis que par l'acceptation de la femme, qui seule est héritière, et qui seule aussi dès lors peut accepter ou renoncer ; donc, si elle a renoncé même sans autorisation, il faut que le mari et ses héritiers, pour exercer leurs droits, fassent d'abord tomber cette renonciation. Mais cette explication est-elle décisive ? nous examinerons plus tard si le mari n'aurait pas au contraire le droit direct d'accepter, pour le compte de la communauté, les successions mobilières échues à sa femme (comp. art. 776, 818, 1401 ; Pothier, *des Successions*, chap. III, sect. III, § 2). Et même en admettant la négative, ne faudrait-il pas dire que le mari, et après lui ses héritiers, exerceraient alors l'action en nullité, comme créanciers, comme ayants cause de la femme, et non pas en leur nom qualifié d'héritiers du mari ? Au reste, quoi qu'il en soit de ces réflexions doctrinales, l'article 225 est formel ; et les héritiers du mari pourraient certainement exercer l'action, s'ils y avaient un intérêt pécuniaire (Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV,

p. 142; Duranton, t. II, n° 515; Valette sur Proudhon, t. I, p. 467, note *a*, et *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 119; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 382; Demante, t. I, n° 308 *bis*, I).

342. — La nullité peut-elle être proposée, soit par les créanciers de la femme, soit par la personne qui l'aurait cautionnée?

Par ses créanciers? — Oui.

Par sa caution? — Non.

Je considère ces deux propositions comme certaines, malgré les dissidences dont elles ont été l'objet.

Et d'abord, pour refuser aux créanciers l'exercice de cette action, on a dit : l'article 225 déclare, en termes restrictifs, que la nullité *ne peut être opposée que par la femme, par le mari, ou par leurs héritiers;* il n'ajoute point : *par leurs créanciers*. C'est donc là une action *exclusivement attachée à la personne du débiteur*, aux termes de l'article 1166, une *exception purement personnelle à l'obligé*, aux termes des articles 1208, 2012 et 2036. La femme d'ailleurs peut se croire obligée d'honneur à respecter son engagement; et il convient qu'elle soit seule juge de cette question de conscience (Angers, 1er août 1810, Delesrat, Sirey, 1814, II, 144; Grenoble, 2 août 1827, Jacob, Sirey, 1828, II, 186; Toullier, t. VII, n° 766).

La règle générale est que les créanciers peuvent exercer *tous les droits et actions de leur débiteur;* c'est seulement par exception que la loi leur refuse l'exercice *des droits exclusivement attachés à sa personne* (art. 1166, 2092, 2093); or, l'action en nullité qui nous occupe, ne me paraît point avoir ce caractère. Cette action est tout à fait dans le patrimoine de la femme, *in bonis;* aliénable et transmissible par succession ou par testament. — L'article 225 ne l'accorde pas aux créanciers! — Sans doute; mais cela n'était

nullement nécessaire et le droit commun suffisait ; cet article d'ailleurs a uniquement pour but de rendre la nullité relative, d'absolue qu'elle était autrefois, et de refuser l'action à ceux qui ont contracté avec la femme (art. 1125) ; voilà aussi en quel sens cette action, ou, si vous voulez, cette *exception* peut être appelée *personnelle* (art. 2012, 2036) ; en ce sens seulement qu'elle n'est pas *réelle*, qu'elle n'est pas viscérale et inhérente à la dette (L. 7, ff., *de Exceptionibus;* L. 68, ff., *de Reg. jur.*). Mais l'action en nullité elle-même, en tant qu'on l'envisage dans les mains de celui auquel elle appartient, soit de la femme, soit de ses héritiers ou de ses légataires, cette action n'a vraiment rien de *personnel*. Et cela est si vrai que l'article 1338 dispose que la confirmation d'une obligation entachée de ce vice, ne peut point préjudicier au droit des tiers ; donc, les tiers avaient en effet le droit d'opposer aussi cette nullité. L'intérêt des créanciers a dû l'emporter ici sur les scrupules de la femme ou de ses représentants, sur leurs scrupules peut-être plus ou moins sincères et suspects. Eh ! mon Dieu, la loi permet bien aux créanciers d'opposer la prescription du chef de leur débiteur (art. 2225 ; Bastia, 26 mai 1834, Mattagli, D., 1834, II, 213 ; Cass., 10 mai 1853, Dacheux, Dev., 1853, I, 572 ; *voy.* aussi Cass., 17 août 1853, Servin, Dev., 1855, I, 811 ; Merlin, *Quest. de droit*, t. III, v° *Hypoth.*, § 4, n°s 4 et 5 ; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. V, n° 2347 ; Duranton, t. II, n° 512 ; t. X, n° 561 et t. XII, n° 569 ; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 243 ; Aubry et Rau, t. IV, p. 142).

Quant aux créanciers du mari, je concevrais plutôt que l'on refusât l'exercice de son action en nullité, parce que cette action de la part du mari n'est pas en général fondée sur un intérêt pécuniaire, mais bien sur un droit exclusivement attaché à sa personne, sur

son droit de puissance maritale (Fouquet, *Encyclop. du droit*, n° 99).

Et encore, cette distinction, que j'avais d'abord présentée, ne me paraît-elle pas finalement assise sur une base solide; et j'admettrais à l'exercice de l'action en nullité les créanciers du mari aussi bien que ceux de la femme.

345. — Bien différent des créanciers de la femme, celui qui a cautionné son obligation ne saurait en proposer la nullité. Nos anciens auteurs, il est vrai, professaient autrefois le sentiment contraire (Pothier, *des Obligat.*, n° 396; *Nouveau Denizart*, v° *Autor.*, § 2, n° 15). Mais, en tant qu'ils fondaient cette doctrine sur le Sénatus-consulte Velléien (Lebrun, *de la Comm.*, liv. II, chap. I, sect. V, n° 17), c'était là une extension abusive de ce Sénatus-consulte, qui défendait bien de *cautionner*, si je puis dire ainsi, le *cautionnement* consenti par la femme elle-même pour un tiers, mais qui n'annulait en aucune manière le cautionnement de toute autre obligation consentie par la femme pour son propre compte (L. 14, et L. 16, § 1, ff., *ad Senat. Vell.*). Le vrai motif d'alors était donc le caractère de nullité absolue de l'engagement contracté par la femme non autorisée; et encore, malgré cela, quelques auteurs déclaraient-ils, dès ce temps, le cautionnement valable (Domat, *Lois civ. des cautions*, sect. I, n° 4). A combien plus forte raison devons-nous le maintenir aujourd'hui, que la nullité est toute relative. Les textes nouveaux sont, du reste, positifs à cet égard : « On peut « néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle « pût être annulée par une exception purement per- « sonnelle à l'obligé, par exemple, dans le cas de mi- « norité. » (Art. 2012-2036). *Par exemple....* ce qui prouve qu'il est d'autres cas encore; et telle est certainement l'obligation contractée par la femme non

autorisée, obligation qui n'est pas nulle, mais seulement annulable, et que, sous tant de rapports, la loi elle-même assimile à l'obligation du mineur (art. 1125, 1304, 1338). C'est qu'en effet, tandis que les créanciers ne font qu'exercer l'action de leur débiteur, la caution est engagée, elle ! par son propre contrat et par son obligation personnelle ; ajoutez que la caution n'aura le plus souvent, en pareil cas, été demandée qu'en vue précisément de la chance de nullité attachée à l'obligation principale (Paris, 24 juillet 1819, Giot, Sirey, 1820, II, 145 ; Cass., 17 déc. 1834, Gauthier, Dev., 1835, I, 544 ; Zachariæ, t. III, p. 152 ; Troplong, *du Cautionnement*, art. 2012, n° 82).

La caution, dans ce cas, ne serait-elle toutefois engagée qu'autant qu'elle aurait connu l'incapacité du principal obligé? Ce serait là une autre question, une simple question de fait à mes yeux ; car je ne voudrais pas ériger l'affirmative en principe, comme l'ont fait certains auteurs (*Encyclop. du droit* de MM. Sebire et Carteret, v° *Caut.*, n°s 39, 40) ; je croirais surtout qu'on devrait maintenir le cautionnement, lorsqu'on n'aurait pas à reprocher au créancier de manœuvre ou de réticence coupable envers la caution.

344. — Les tiers ne peuvent pas, avons-nous dit, opposer la nullité résultant du défaut d'autorisation, soit parce que, en contractant avec la femme, ils se sont volontairement exposés à cette fin de non-recevoir, soit, dans tous les cas, parce que cette incapacité leur est étrangère et ne les concerne pas (art. 225, 1125).

C'est là une règle importante dont il faut bien comprendre le sens et la portée.

345. — Et d'abord, est-ce à dire que le tiers, qui a fait un contrat avec la femme, doive désormais en accomplir toutes les obligations, sans pouvoir prendre

aucune garantie contre les chances dont il serait menacé par suite de cette incapacité?

Une femme m'a vendu un de ses immeubles sans autorisation, et elle me demande le payement du prix. Je ne parle pas du cas où la réception de ce prix pourrait constituer de sa part une ratification du contrat (art. 1338), parce qu'elle aurait lieu après la dissolution du mariage, ou même pendant le mariage, avec le concours du mari. Le mariage dure encore et c'est la femme seule, séparée de biens, par exemple, qui réclame de moi le prix de la vente.... Puis-je lui répondre que je ne payerai qu'autant qu'elle se fera autoriser à recevoir ou qu'elle me donnera caution?

D'autorisation pour recevoir, me réplique la femme, je n'en ai pas besoin (je la suppose séparée de biens, *supra*, n 153); et, pour ce qui est d'une caution, je ne me suis nullement engagée à vous en fournir; vous ne pouvez ni directement, ni indirectement invoquer mon incapacité; de vous à moi, le contrat est valable, dès que je n'en demande pas la nullité; or, c'est au contraire l'exécution que je réclame; donc, vous devez remplir les obligations qui dérivent de ce contrat que la loi déclare pour vous obligatoire.

Je ne crois pas néanmoins qu'il en soit ainsi: 1° quel est le fait actuel dont il s'agit? c'est une femme qui veut forcer un tiers à lui faire un payement qui pourrait n'être pas bon, à raison de son incapacité; or, le débiteur ne peut, en général, être forcé de payer qu'au créancier capable de recevoir (articles 1239-1241); donc, l'acquéreur est fondé à demander, du moins, que la femme le garantisse contre les chances d'un mauvais payement; 2° non, dites-vous, parce qu'il ne peut pas proposer la nullité résultant du défaut d'autorisation, parce qu'en achetant de la femme, il s'est par cela même obligé à la payer. — La nullité du

contrat, il ne la demande pas non plus! mais je nie qu'en contractant avec la femme, il se soit trouvé désormais déchu de tout moyen de précaution et de garantie pour l'avenir. Il me semble, au contraire, qu'il peut encore invoquer la disposition si équitable de l'article 1653; qu'il le peut, dis-je, non-seulement dans le cas où il aurait ignoré l'incapacité de sa venderesse, mais même aussi lorsqu'il l'aurait connue. J'entends bien que la loi ait remis le sort du contrat lui-même à la discrétion de la partie incapable; mais je ne puis pas croire qu'en refusant au tiers le droit d'en proposer la nullité, elle ait voulu le placer toujours dans une situation profondément inique. Quoi! il me faudrait remettre mon prix aux mains de cet incapable, avec la certitude qu'il va le dissiper, et que ce prix sera perdu pour moi (art. 1241, 1312). Ne me dites pas que c'est ma faute et que la loi m'en punit! Ma faute est punie par cet engagement inégal et boiteux que j'ai contracté. Pour le sort même du contrat, je suis à la merci de l'incapable; voilà ce que la loi me déclare. Mais je ne vois pas qu'elle me défende de prendre mes sûretés pour tout ce qui n'est pas encore irrévocablement accompli.

346 — Ne pourrait-on pas même aller plus loin? et le tiers n'aurait-il pas le droit d'interpeller la femme ou ses représentants pour qu'ils eussent à prendre parti et à choisir entre la nullité ou la validité du contrat?

L'affirmative ne ferait aucun doute dans le cas où le contrat n'ayant pas encore été exécuté, le tiers en demanderait l'exécution contre la femme devenue veuve ou contre ses héritiers; il faudrait bien alors qu'ils se prononçassent.

Mais supposons que le contrat a reçu son exécution; le tiers, notre acquéreur, par exemple (*supra*, n° 345),

pour sortir de l'incertitude où il est, demande à la femme ou à ses réprésentants de se déclarer.... Le peut-il?

Ceci est bien plus grave. Aux termes des articles 225 et 1125, cette nullité, toute relative, ne peut pas être proposée par les tiers qui ont contracté avec la femme; à leur égard, et tant que la femme elle-même garde le silence, le contrat est valable. Que demandez-vous donc alors? — La nullité? mais cela vous est impossible! — La validité? mai vous l'avez déjà! Cette situation est inégale sans doute; mais elle est le résultat nécessaire d'un contrat fait avec un incapable; elle est la sanction de son incapacité. La loi d'ailleurs a déterminé avec précision les événements qui pourraient effacer le vice du contrat : 1° la prescription de dix ans, à partir de la dissolution du mariage (art. 1304); 2° la confirmation expresse; 3° l'exécution *volontaire* (art. 1338). Hors de là, la situation ne saurait être changée; et le tiers doit subir les conséquences de la position qu'il s'est faite. Il ne dépend pas de lui de priver la femme ou ses représentants du temps que la loi leur accorde, et d'abréger la durée de leur action : *Nemo invitus agere cogitur....* (Cod., *hoc tit.*) Voyez en effet combien, sous tous les rapports, sa prétention est impossible! La nullité, il ne peut certainement pas la demander (art. 225, 1125). C'est donc à la validité qu'il conclut; mais alors qu'est-ce autre chose qu'une ratification *forcée* qu'il veut imposer à la femme! — Le tiers se récrie : je ne demande moi-même ni la validité, ni la nullité! je dis seulement à la femme de se prononcer! — Très-bien! mais qu'allez-vous faire, si la femme ne veut pas en effet se prononcer encore; et si elle n'opte ni pour la validité, ni pour la nullité! Que dira le juge? annulera-t-il le contrat? mais alors c'est vous, tiers, qui l'aurez fait

annuler. Le validera-t-il? mais alors voilà une ratification *forcée*, ou plutôt voilà le juge qui consent lui-même et qui fait le contrat au nom de la partie ! Tout cela est donc illogique et impraticable.

Faut-il se rendre? Je ne nie pas, certes, combien cette argumentation est puissante ; et je dois ajouter que la solution, qu'elle consacre, paraît être unanimement acceptée, à ce point qu'elle n'a pas même été, à ma connaissance, l'objet d'une controverse. Ne sera-ce point dès lors une grande hardiesse de venir aujourd'hui la contester? Voici pourtant mes doutes :

Distinguons d'abord deux hypothèses : 1° celle où l'action du tiers est intentée après la dissolution du mariage contre la femme devenue libre, ou contre ses représentants; 2° celle où l'action serait intentée pendant le mariage même, contre la femme et le mari mis en cause.

1° La partie que le tiers interpelle, est en ce moment capable, si elle le veut, de se prononcer. Eh bien! alors ne serait-il pas bien raisonnable que le tiers pût la mettre en demeure de le faire? Voyons donc si les textes ou les principes s'y opposent. Que dit l'article 225? « La nullité ne peut être proposée que « par la femme, par le mari ou par leurs héritiers. » — Et l'article 1125 : « Les personnes capables de s'en- « gager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de « l'interdit, ou de la femme mariée, avec qui elles ont « contracté; » or, le tiers *ne propose pas la nullité* du contrat; il *n'oppose pas l'incapacité* de la femme. Tout au contraire! il reconnaît qu'il est à sa discrétion, à sa merci; donc les articles 225 et 1125 ne sont pas violés. Ces articles accordent à la femme le choix entre le maintien et l'annulation du contrat; or, le tiers, loin de lui enlever cette option, la lui offre. Voulez-vous la nullité? c'est votre droit; et je m'y soumets de suite,

sans procès, sans discussion. Voulez-vous la validité? mais dites-le donc au moins! — Vous répondez par l'article 1304 qui vous accorde un délai de dix ans, et vous opposez la maxime que nul n'est tenu d'agir, et que les actions ne s'éteignent que par les prescriptions établies par la loi. — D'abord cette maxime vague : *Ut nemo invitus agere cogatur* (Cod., *hoc tit.*) n'est écrite nulle part. Mais, tout en reconnaissant qu'elle est en général exacte, il ne faut pas du moins en abuser. Et il y a en effet plus d'une circonstance dans laquelle une personne, qui a ou qui prétend avoir une action, pourrait être valablement mise en demeure de l'exercer ou d'y renoncer. On connaît la célèbre loi *diffamari* (5 Cod., *de Ingen. man.*; ajoutez L. 28, ff., *de Fidejuss*). Pierre se vante d'avoir un droit contre moi, le droit de revendiquer ma terre, ou de faire annuler un testament qui m'a enrichi; mais il n'agit pas pourtant; et je prends alors l'offensive. Pourra-t-il me dire : j'ai trente ans pour exercer mon action (art. 2262); vous ne pouvez pas me forcer d'agir et abréger le délai que la loi m'accorde? — Nos anciens auteurs ne tenaient pas compte de cette défense; et ils voulaient que la partie, ainsi interpellée, s'expliquât sous peine de se voir *imposer un perpétuel silence* (Julien, *Élém. de jurispr.*, liv. IV, tit. I, n° 14). Cette doctrine était trop sage pour n'être pas conservée par notre jurisprudence moderne (Aix, 12 juillet 1813, M... C. V..., Sirey, 1814, II, 234; Caen, 2e chambre, 21 août 1834, Marie). Il ne faut pas sans doute l'exagérer non plus; et je ne prétends pas qu'elle devrait toujours être admise (Nîmes, 5 juin 1835, Follet, Dev., 1836, II, 252). Mais ce que je crois, c'est que ni l'article 1304, ni l'article 2262 n'y font obstacle. Il résulte bien de ces articles en effet qu'après dix ans ou après trente ans, l'action serait éteinte; mais je n'y vois pas que la partie

ne puisse pas être interpellée de s'expliquer plus tôt, si des circonstances particulières justifient, en fait, cette provocation; comme si par exemple elle se vante, si elle *se jacte*, suivant le mot de nos anciens auteurs, d'avoir un droit contre moi. — A la bonne heure, direz-vous; dans ce cas, il y a, de sa part, un fait dommageable, qui ouvre l'action contre elle (art. 1382). Mais ici, d'une part, il n'y a pas de fait semblable de la part de la femme; d'autre part, il y a au contraire un fait personnel de l'autre partie, qui, ayant accepté volontairement cette situation, est non recevable à revenir contre. — Je réponds : 1° qu'il serait possible que la femme ou ses représentants eussent annoncé l'intention de demander la nullité du contrat; qu'ils eussent même fait, dans quelque autre contrat, des réserves, des déclarations en ce sens; 2° qu'il serait possible que le tiers eût ignoré, en contractant, l'incapacité de la femme qui peut-être la lui aurait dissimulée, sans pourtant commettre un dol de nature à valider la convention (*supra*, n° 327); et alors le tiers, bien qu'imprudent, serait certes très-favorable; 3° enfin ne peut-on pas, dans tous les cas, invoquer ici l'article 1135, et cette bonne foi et cette équité qui doivent toujours présider à l'interprétation des conventions? Ne peut-on pas dire que la femme ou ses représentants sont tenus en conséquence de se prononcer, lorsque le tiers les y provoque? que c'est là une suite équitable de la convention qu'ils ont faite, une suite légale, puisque en effet la loi leur permet de faire annuler cette convention ou de la ratifier? — Ne m'objectez pas que cette incertitude, dont le tiers se plaint, est précisément la sanction de l'incapacité de la femme, et la peine de ceux qui contractent avec elle sans autorisation. — Non; je ne puis pas croire que la loi ait voulu donner à la femme ou à ses représentants la faculté de

tenir ainsi en suspens, toujours et quand même! pendant dix ans, les droits des tiers! la loi, je le répète, leur accorde une option; elle leur accorde aussi, je le sais, le droit d'agir pendant dix ans, c'est-à-dire de prendre, de leur côté, l'initiative. Mais est-il vrai que si l'autre partie les interpelle, et se met de suite elle-même à leur discrétion, ils aient le droit de lui répondre qu'ils entendent prolonger à plaisir son incertitude et ses embarras? Il me semble que cela ne serait ni moral ni politique : cela ne serait pas moral; car chacun devine le motif, en pareil cas, de ces résistances; c'est un honteux marché qu'on demande; on veut faire payer au tiers la ratification de ce même contrat qu'on trouve d'ailleurs très-bon peut-être, et dont on ne pense même pas à demander la nullité; — cela ne serait pas politique; car il importe au bien général du pays que les propriétés soient susceptibles d'améliorations et de mutations; et rien de tout de cela ne se peut avec des droits incertains et toujours menacés. — Mais enfin, dites-vous, c'est donc une ratification forcée que vous allez imposer à la femme; que ferez-vous, si elle ou ses représentants ne veulent pas se prononcer? — Il est certain que le tiers ne peut pas demander l'annulation. Il devra donc conclure à ce que, faute par son adversaire d'opter entre le maintien et la nullité du contrat, dans le délai d'un mois par exemple, ou tel autre qu'il pourrait raisonnablement demander, les juges déclarent qu'à l'avenir, comme on disait autrefois, *un perpétuel silence lui sera imposé*. Le droit romain nous offre l'exemple d'une action à peu près semblable; écoutez les §§ 27 et 28 de la loi 13, au Digeste, *de Act. empti et venditi:* — « Si quis, collu-
« dente procuratore meo, ab eo emerit, an possit agere
« ex empto? et puto, hactenus ut aut stetur emptioni
« aut discedatur; — sed et si quis minorem viginti

« quinque annis circumvenerit, et huic hactenus da-
« bimus actionem ex empto, ut diximus in supe-
« riore casu. » — Ainsi la partie elle-même qui avait colludé avec mon mandataire, avait contre moi une action pour me forcer d'opter entre la nullité ou la validité de la vente. Il en était de même de celui qui avait circonvenu un mineur. Et Fabre explique très-bien l'attitude que prend alors cette partie qui demande à l'autre : « ut si velit, rescindatur venditio; si nolit, « confirmetur. » (*Rationalia ad Pandect.*, t. V, p. 448.)

347. — 2° Cette doctrine, déjà très-hardie peut-être dans l'hypothèse qui précède, deviendrait, il faut l'avouer, plus difficile encore dans le cas où l'action du tiers serait dirigée contre la femme et le mari pendant l'existence même du mariage. La femme est en effet alors incapable de ratifier sans autorisation; et quant au mari, ne peut-il pas répondre qu'il est étranger à tout ce qui s'est fait et qu'il n'a rien promis? Mais pourtant les motifs d'équité et d'intérêt général, que nous venons d'exposer, ne sont-ils pas ici les mêmes? Et s'il était vrai que la justice pût autoriser la femme, en cas d'incapacité ou de refus du mari, à consentir la ratification pendant le mariage (*supra*, n° 272), pourquoi, même dans ce cas, l'autorisation de justice ne pourrait-elle suppléer celle du mari?

348. — La règle établie par l'article 225 est générale et paraît devoir être appliquée dans tous les cas.

Il en est toutefois quelques-uns sur lesquels il s'en faut qu'on soit d'accord. Je veux parler :

A. De la donation entre-vifs;

B. Du compromis;

C. De certains cas dans lesquels les tiers n'auraient pas contracté personnellement avec la femme.

A. Une femme accepte, sans autorisation, la donation entre-vifs qui lui est faite.

La nullité n'est-elle alors que relative? Est-elle, au contraire, absolue et proposable par le donateur lui-même?

C'est là une question depuis longtemps fort débattue, non-seulement à l'égard des femmes mariées, mais aussi à l'égard des mineurs et des interdits. Parmi nos anciens auteurs, depuis surtout l'ordonnance de 1731 (art. 9), les uns tenaient pour absolument nulle toute acceptation d'une donation entre-vifs faite par un incapable (Ricard, t. I, n° 846). D'autres distinguaient entre les femmes mariées et les mineurs, déclarant relative la nullité de l'acceptation faite par un mineur, et absolue la nullité de l'acceptation faite par une femme. Tel était l'avis de Pothier, qui se fondait uniquement sur le principe d'alors, que le défaut d'autorisation de la femme produisait toujours une nullité absolue (*Traité des oblig.*, n° 52; *Cout. d'Orléans*, *Introd. au titre* v, n° 144, *au titre* xv, n° 31; *Nouveau Denizart*, v° *Autor.*, § 2, n° 13). Il y avait même des jurisconsultes, qui, dès cette époque, enseignaient que la femme mariée pouvait, sans autorisation, accepter une donation pure et simple (Lebrun, *de la Comm.*, liv., II, chap. I, sect. III, n° 3). Les partisans de la nullité absolue faisaient d'ailleurs eux-mêmes bon marché de leur doctrine, en la déclarant *peu conforme à l'équité et à la raison, qui semblent conduire au parti contraire....* (Bourjon, *Droit comm. de la France*, t. I, p. 579).

Il m'a semblé que ces souvenirs seraient déjà un argument puissant en faveur du système qui prétend que, sous le Code Napoléon, la nullité de l'acceptation faite par la femme non autorisée ne doit être que relative; Pothier certainement l'eût ainsi pensé, puisque l'incapacité des femmes mariées n'est pas, sous ce rapport, différente aujourd'hui de celle des mineurs.

La lutte pourtant n'en a pas moins continué, et n'en dure pas moins très-vive encore à l'heure qu'il est.

Pour la nullité absolue, on raisonne ainsi : la donation entre-vifs est un acte solennel qui n'existe, à l'égard de qui que ce soit, que par l'accomplissement exact de toutes les formes requises par la loi ; or, l'acceptation est une de ses formes les plus essentielles; donc, la donation elle-même n'existe qu'autant qu'elle a été acceptée conformément aux prescriptions de la loi. Et d'abord, que l'acceptation fasse partie *des formes* de la donation, cela ne peut être révoqué en doute, puisque les articles qui en déterminent le mode (931-937), sont placés précisément dans la section intitulée : *De la forme des donations entre-vifs.* Maintenant, en quoi consistent ces formes? Le texte est positif; il faut que l'acceptation soit expresse (art. 932) et faite par les personnes désignées à cet effet suivant les cas : par la femme *autorisée,* si c'est à une femme mariée que la donation est faite : « La femme mariée *ne pourra* accepter...., » dit l'article 934; par le tuteur autorisé, si c'est à un mineur (art. 463, 935); donc, si la femme accepte sans autorisation ou si le mineur accepte lui-même, les formes légales de l'acceptation ne sont pas accomplies; donc, la donation elle-même est tout à fait nulle, comme n'étant pas *dûment acceptée* (art. 938). Et voilà ce qui explique pourquoi les articles 934 et 935 rappellent ici spécialement la nécessité de l'autorisation pour la femme, et de l'intervention du tuteur pour les mineurs et interdits; c'est qu'en effet cette condition est ici tout à fait spéciale. Tel est le caractère de la donation entre-vifs, qu'elle doit toujours être ferme et stable, et que, très-différente des contrats ordinaires, elle n'admet ni ratification, ni confirmation : *nulle en la forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale.* Comparez l'article 1339 à l'article 1338, et

vous verrez comment ce qui n'est qu'une nullité relative partout ailleurs, est au contraire dans la donation entre-vifs une nullité absolue. Il faut donc conclure avec M. Jaubert, dans son rapport au Tribunat, « que l'acceptation qui ne lierait pas le donataire, ne saurait engager le donateur. » (Riom, 14 août 1829, Morel, Sirey, 1830, II, 300 ; Toulouse, 27 janv. 1830, Andrillon, Sirey, 1830, II, 242; Limoges, 15 avril 1836, Chartres, Dev., 1836, II, 241; Grenoble 14 juillet 1836, Rey, Dev., 1839, II, 259; Caen, 8 mai 1854, Poirier, Dev. 1854-II-625; Cass., 14 juillet 1856, Lazare, Dev., 1856, I, 641; Aix, 19 nov. 1857, mêmes parties, Dev. 1858-II-437; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Donation*, p. 204; Delvincourt, t. II, p. 69, note 4; Proudhon, t. I, p. 475; Grenier, *des Donations*, t. I, n° 61; Coin-Delisle, art. 935 n°s 20-25; Troplong, *des Donat. et Testam.*, n°s 1118-1125.)

Je crois, pour mon compte, que les textes mêmes du Code Napoléon résistent d'abord à cette solution :

Aux termes de l'article 225, « la nullité, fondée « sur le défaut d'autorisation, ne peut être opposée « que par la femme, par le mari, ou par leurs héri- « tiers ; » et l'article 1125 reproduit et généralise cette proposition. Telle est la règle générale, qui doit être toujours appliquée, à moins qu'un texte particulier n'y déroge ; or, aucun texte n'y fait exception, en ce qui concerne la donation entre-vifs ; donc, le droit commun doit alors, comme dans tous les autres cas, être appliqué.

Et quand je dis qu'aucun texte n'y déroge pour la donation entre-vifs, je ne vais pas assez loin ; la règle est en effet positivement rappelée et confirmée en ce qui la concerne. Écoutez l'article 217 : « la femme... ne peut... « acquérir *à titre* GRATUIT *ou onéreux*, sans le concours « du mari dans l'acte ou son consentement par écrit. » Ainsi l'acquisition à titre gratuit est, dans cet article,

placée sur la même ligne que l'acquisition à titre onéreux; or, l'article 225 régit certainement l'article 217 tout entier; donc, d'après la lettre même de la loi, la nullité résultant du défaut d'autorisation dans une acquisition à titre gratuit, n'est toujours que relative.

Est-ce dans le titre des donations que le Code Napoléon aurait dérogé à notre règle? On l'a prétendu.... Eh bien, donc! écoutez encore : d'après l'article 934, « la femme mariée ne pourra accepter une donation « sans le consentement de son mari, ou, en cas de « refus du mari, sans autorisation de la justice, *con-* « *formément à ce qui est prescrit par les articles* 217 et 219 « *au titre du mariage.* » Or, nous venons de reconnaître que, d'après l'article 217, la nullité n'est que relative; donc, l'article 934 lui conserve ce caractère. Car cet article ne veut rien modifier, rien innover; il se borne à rappeler la règle précédemment établie, et à nous y renvoyer. — Il ne renvoie pas à l'article 225? —Eh! qu'importe, dès qu'il rappelle l'article 217, qui est lui-même inséparable de l'article 225.

Mais, dit-on, les formes de la donation entre-vifs sont substantielles? — A la bonne heure; mais autre chose est la forme de l'acte, autre chose la capacité des parties : l'acte notarié, avec minute, l'acceptation en termes exprès, voilà les conditions de *forme;* eh bien! nous les supposons remplies. Que reste-t-il donc? une question de capacité personnelle, qu'on ne pourrait confondre avec les questions de formes, sans méconnaître la vérité des faits et la nature même des choses. Il est vrai que la section qui renferme nos articles 934, 935, est intitulée : *De la forme des donations entre-vifs.* Mais qui ne sait combien les arguments tirés de la distribution des matières dans le Code Napoléon, seraient parfois périlleux! et ici en particulier, la preuve en est irrésistible! C'est aussi

en effet, dans cette même section, que le Code a déclaré quels biens la donation pourrait comprendre (art. 943); à quelles conditions elle ne pourrait pas être faite (art. 944 et suiv.). C'est là aussi qu'il a inséré les articles relatifs à la stipulation du droit de retour (art. 951, 952); or, direz-vous que ce sont là des questions de forme? non, sans doute; donc, la place qu'occupent aussi, dans cette section, les articles 934 et 935, ne prouve, sous ce rapport, absolument rien. Eh! mais si le défaut d'autorisation maritale constituait un vice de forme dans l'acceptation d'une donation faite à la femme, il en devrait être certainement de même, *a fortiori*, du défaut d'autorisation dans la donation consentie par la femme elle-même à un tiers; or, précisément cette section ne rappelle pas du tout la nécessité de l'autorisation maritale pour que la femme puisse donner; et il serait, dès lors, tout à fait impossible de prétendre que la donation entre-vifs, consentie par une femme non autorisée, serait nulle pour vice de forme (comp. art. 217, 905); donc, il ne se peut pas non plus que le défaut d'autorisation pour accepter produise un vice de forme, ce serait là une contradiction et une inconséquence manifestes; donc, il n'y a, dans les deux cas, qu'une question de capacité.

Et si ce n'est pas là une question de forme, l'argument déduit de l'article 1339 se trouve par cela même écarté; cet argument, le plus sérieux, peut-être, à mon gré, de tous ceux que l'opinion contraire nous oppose, et qui néanmoins me paraît vaincu par tout ce que je viens de dire.

Mais pourquoi donc alors avoir, dans le titre des donations, rappelé spécialement l'incapacité de la femme et des mineurs? — Eh! mon Dieu, parce que, sans doute, on avait sous les yeux l'ordonnance de 1731, qui la rappelait aussi (art. 7-9). — La donation

doit être ferme et stable. — Oui certes, mais de la part du donateur; *Donner et retenir ne vaut*, c'est à lui que ces mots s'adressent; or, il est lié, lui! par l'acceptation de la femme, irrévocablement lié! car la nullité de l'acceptation est toute relative. N'invoquez donc ni l'article 938; car la donation, à l'égard du donateur, est *très-dûment acceptée;* ni l'article 942, qui ne prévoit que le *défaut* d'acceptation, c'est-à-dire une hypothèse toute différente de la nôtre.

Tous ces développements n'ont-ils pas bien démontré que l'opinion individuelle de M. Jaubert n'a pas été consacrée par notre Code. Pourquoi donc, en effet, aurait-on dérogé, en ce cas, à la règle si raisonnable qui ne permet pas aux tiers de se prévaloir d'une incapacité qui leur est tout à fait étrangère? (Douai, 6 août 1823, Moreau, Sirey, 1827, I, 265, 266; Nancy, 4 févr. 1839, Marchal, Dev., 1839, II, 459; Alger, 31 juill. 1854, Roth, Dev., 1854, II, 748; Toullier, t. I, n° 661, et t. V, n° 193; Duranton, t. VIII, n° 435; Vazeille, t. II, n° 386; Valette sur Proudhon, t. II, p. 479, note *a;* Marcadé, t. III, art. 935, n° 5; Fouquet, *Encyclop. du droit*, n° 99.)

349. — **B.** Je n'hésite pas à appliquer la même solution au compromis.

On objecte qu'aux termes de l'article 1004 du Code de procédure, *on ne peut compromettre* sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public; or, telles sont les causes des femmes non autorisées par leurs maris (art. 83-6° procéd.). Est-ce que d'ailleurs le pouvoir de juger, même en vertu d'un compromis, n'est pas toujours une délégation de la puissance publique, qui ne peut, dès lors, s'exercer que dans les limites et sous les conditions tracées par la loi? (Grenoble, 25 avril 1831, Champion, D., 1831, II, 201.)

Je réponds d'abord que le compromis n'est qu'une simple convention, comme les décisions arbitrales ne sont par elles-mêmes que des actes privés (art. 1020 procéd.); rien ne s'oppose donc, sous ce rapport, à l'application des articles 225 et 1125. Quant à l'argument tiré de l'article 1004, il suffit de remarquer que le compromis consenti par un incapable, est nul sans doute, mais seulement d'une nullité relative; car nous supposons, bien entendu, que la nature de l'affaire la rendait susceptible d'un compromis (Paris, 6 juill. 1827, Thomas, D., 1833, II, 150; Nîmes, 17 nov. 1828, Arsac, D., 1829, II, 188; Riom, 26 nov. 1828, Peynet, D., 1829, II, 150; Toulouse, 5 mars 1829, Peyssier, D., 1830, II, 136; Bordeaux, 22 mai 1832, Chabrelie, D., 1832, II, 143; Boitard, *Procéd. civ.*, t. III, p. 414; de Vatimesnil, *Encyclop. du droit,* v° *Arbitrage*, n° 125).

350. — C. Je pense, enfin, que la nullité résultant du défaut d'autorisation, ne peut pas être opposée par les tiers, dans les cas mêmes où ils n'ont pas personnellement contracté ou plaidé avec la femme.

Il est vrai qu'on n'a pas alors contre eux la fin de non-recevoir tirée de leur propre fait; mais 1° l'article 225 est général et ne fait aucune distinction; 2° si l'article 1125 semble ne refuser le droit de proposer ce moyen qu'à ceux *qui ont contracté* avec la femme, c'est que cet article a principalement en vue *les contrats ou obligations conventionnelles;* 3° enfin, dans tous les cas, reste toujours ce motif déterminant, que cette incapacité, après tout, ne concerne pas le tiers, et n'a pas été introduite dans leur intérêt. (Comp. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 142.)

Ainsi, le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué par la femme sans autorisation, ne serait pas fondé à demander, pour cette cause, la nullité de

l'hypothèque (Lyon, 27 mars 1832, Gaugiraud, D., 1833, II, 210).

Pas plus qu'il ne pourrait, à mon avis, demander la nullité d'une surenchère formée par une femme non autorisée, si celle-ci rapportait ensuite l'autorisation, ou, si vous voulez, la ratification de son mari, même après l'expiration du délai dans lequel la surenchère devait être formée.

Cette solution est toutefois bien plus délicate; ce n'est pas que je sois touché de l'argument qui consiste à dire « qu'il y a une énorme différence entre ce qui est *de droit naturel*, et une surenchère qui est un acte *de droit civil.* » (Dijon, 12 déc. 1820, Assire-Deschamps; et Cass., 14 juin 1824, D., 1824, I, 234.)

Mais la vérité est que la surenchère n'est pas seulement un acte conservatoire ni une simple mesure d'administration; c'est l'acquisition d'un immeuble faite par acte judiciaire; et il semble que, sous ce double rapport, la femme devrait être autorisée, puisqu'elle ne peut ni acquérir, ni ester en jugement sans autorisation. Ajoutez enfin que les délais sont ici de rigueur, la loi ne voulant pas laisser la propriété trop longtemps incertaine (comp. Grenoble, 30 août 1850, Cogne, Dev., 1851, II, 625; Troplong, *des Hypoth.*, n° 954; Duranton, t. XX, n° 403).

Ces motifs, pourtant, ne me paraissent pas suffire pour faire à notre règle une exception qu'aucun texte n'y apporte. Notre règle, en effet, n'est-elle pas que la femme est capable à l'égard des tiers, sous la condition que son mari l'autorisera, condition dont ils peuvent, sans doute, exiger l'accomplissement, mais qui, une fois accomplie, leur enlève désormais toute objection? (Comp., Grenoble, 11 juin 1825, Sirey 1826, II, 226; Cass., 11 juin 1843, Garnault, Dev., 1843, I, 465; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 143.)

351. — C'est ainsi que, malgré l'avis contraire autrefois exprimé (Delvincourt, t. I, p. 75, note 8), il est aujourd'hui reconnu que les tiers ne peuvent pas demander la nullité des assignations qui leur seraient données à la requête de la femme non autorisée ; l'autorisation accordée, même après l'expiration des délais dans lesquels ces assignations devaient être commises, suffisant pour les régulariser (Cass., 22 oct. 1807, Demeaux, Sirey, 1808, I, 127; Bourges, 27 nov. 1829, Dapremont, Sirey, 1830, II, 171; Cass., 21 nov. 1832, Lavignerie, D., 1833, I, 97; Cass., 27 mai 1846, Langlois, Dev., 1847, I, 747; Cass., 15 déc. 1847, Picard, Dev. 1849, I, 293).

Est-ce à dire, pour cela, que le tiers soit tenu de former le contrat judiciaire avec la femme non autorisée? non, sans doute; il n'est pas forcé d'accepter la lutte avec des chances aussi inégales. Ce que je dis, c'est qu'il ne peut, sur ce motif, demander ni la nullité des actes de procédure déjà accomplis, ni précisément le rejet de l'action (Cass., 17 janv. 1838, Revel, Dev., 1838, I, 638; Cass., 11 août 1840, Dubois-Beaulieu, Dev., 1840, I, 858).

Quelle est donc sa position?

Est-ce lui qui doit appeler le mari en cause, et pourvoir à ce que la femme qui l'attaque soit autorisée? Qu'il le puisse, s'il veut lui-même faire vider le débat, cela n'est pas douteux; mais qu'il le doive, c'est ce qu'on ne saurait admettre, quoique l'affirmative semble résulter de quelques arrêts (Cass., 29 mai 1808, Demeaux, Sirey, 1808, I, 213; Cass., 5 août 1840, de Sainneville, Dev., 1840, I, 768; ajout. l'arrêt du 15 déc. 1847, précité).

Le tiers ne peut pas être tenu de régulariser lui-même la procédure de son adversaire; il a donc certainement le droit, au moyen d'une sorte d'exception

dilatoire, de la soutenir, en l'état, non recevable, jusqu'à ce qu'elle se soit fait autoriser. Et cette solution, très-logique, a en outre l'avantage de ne point donner à la femme le facile moyen de s'affranchir des formes prudentes auxquelles la loi a soumis, de sa part, la demande de l'autorisation (art. 861 et suiv. Cod. de procéd.; comp., Bordeaux, 11 août 1851, Sabarot, Dev., 1851, II, 757; Merlin, Répert., v° *Autorisat. marit.*, sect. III, § 4; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 144).

352. — Il paraîtrait réciproquement logique et très-juste que les assignations données par les tiers à la femme seule, ne fussent pas nécessairement déclarées nulles, si le mari était ensuite mis en cause afin d'autoriser sa femme à ester en jugement (Paris, 5 août 1812, Genty, D., 1812, I, 567; Paris, 13 août 1823, Soufflet, Sirey, 1825, II, 111).

Néanmoins, une jurisprudence constante déclare nulles les assignations données à la femme, si le mari n'a pas été aussi assigné avant l'expiration du délai utile pour agir contre la femme elle-même (Cass., 7 oct. 1811, François, Sirey, 1812, I, 10; Cass., 7 août 1815, Devinck, Sirey, 1815, I, 346; Nîmes 16 janv. 1832, Guiane, Dev., 1833, II, 61; Agen, 5 janv. 1832, Labrac, Dev., 1834, II, 237; Cass., 15 mars 1837, Ivonnet, Dev., 1837, I, 340; Pothier, *de la Puissance du mari*, n° 55; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Aut. marit.*, sect. III, § 4).

Mais cette jurisprudence n'est-elle pas bien dure? Le tiers, en effet, ne prétend pas que la femme n'ait pas besoin d'être autorisée; encore moins oppose-t-il la nullité qui résulterait du défaut d'autorisation. Ne pourrait-on pas, dès lors, voir là des actes conservatoires, valables sous la condition, pour le tiers, de les régulariser en mettant en cause le mari?

353. — 2° Comment et dans quel délai la nullité résultant du défaut d'autorisation, peut-elle être proposée?

L'article 1304 s'en explique en ce qui concerne les obligations conventionnelles. Nous examinerons plus tard cette importante disposition (liv. III, tit. I, chap. V, sect. VII).

354. — Mais la loi a gardé le silence en ce qui concerne les décisions judiciaires qui auraient été rendues contre la femme non autorisée; et de là, quelques incertitudes.

Dirons-nous que cette décision ne peut point passer en force de chose jugée? (Delvincourt, t. I, p. 75, note 8; Duranton, t. II, n° 468.) — Mais l'article 444 du Code de procédure déclare, au contraire, en termes généraux, que « les délais d'appel emporteront déchéance, et courront contre toutes parties.... » Ce serait là d'ailleurs déclarer une sorte de *nullité de droit*, et il est de maxime que ces nullités ne sont pas admises en France (Cass., 7 oct. 1812, Pages, Sirey, 1813, I, 82; Cass., 14 juillet 1845, Desvouves, Dev., 1845, I, 851).

Concluons donc que c'est par les voies légitimes de recours que la décision doit être attaquée :

Par la voie de l'opposition ou de l'appel, si elle a été rendue par défaut ou en premier ressort (Bordeaux, 1er mars 1826, Versoveau, Sirey, 1826, II, 257; Cass., 15 juin 1842, de Neucheze, Dev., 1842, I, 838);

Par la voie du recours en cassation, si elle est en dernier ressort, ou passée en force de chose jugée.

Le défaut d'autorisation constitue, en effet, à ce point de vue, un moyen d'ordre public qui peut être proposé en tout état de cause, et jusque devant la Cour de cassation, pour la première fois, lors même qu'on

ne l'aurait pas fait valoir devant les juridictions inférieures. Il est vrai que lorsque toutes les voies légales de recours sont fermées, nul moyen n'est désormais présentable ; car la chose irrévocablement jugée couvre tout. Mais, du moins, tant que la partie peut se faire entendre devant la justice, elle a toujours le droit de proposer ce moyen (Cass., 7 août 1815, Devinck, Sirey, 1815, I, 346; Cass., 15 nov. 1836, Lofficial, Dev., 1836, I, 909; Cass., 5 août 1840, de Sainneville, Dev., 1840, I, 768; Cass., 13 nov. 1844, Lorgue, Dev., 1845, I, 45; Cass., 20 mai 1846, Dudevant, Dev., 1846, I, 550; Cass., 15 déc. 1847, Picard, Dev., 1849, I, 293; Cass., 11 janv. 1854, de Granval, Dev., 1854, I, 127; *voy.* toutefois Cass., 29 juin 1842, de Sainneville, Dev., 1842, I, 975).

355. — Il n'est pas aussi certain que la voie de la requête civile soit alors ouverte (Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 144).

Il me semble pourtant qu'on pourrait invoquer l'article 480-2° du Code de procédure qui autorise ce mode de recours, *si les formes prescrites à peine de nullité ont été violées....* Ces termes ne sont-ils pas généraux? (Comp. Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Autor. marit.*, sect. III, § 4; Duranton, t. II, n° 468; Vazeille, t. II, n° 379).

356. — Quant au mari en particulier, point de doute qu'il ne puisse recourir à la tierce opposition contre cette décision qui lui préjudicie, et lors de laquelle il n'a été ni appelé, ni représenté (art. 474 procéd.; Montpellier, 27 avril 1831, Andrieu, Dev., 1832, II, 77).

357. — 3° Resterait enfin à examiner de quelle manière cette action en nullité peut s'éteindre par la ratification expresse ou tacite (art. 1338), et quels sont les effets, soit de la nullité prononcée (art. 1312),

soit de l'expiration des dix ans accordés par la loi pour intenter l'action (art. 1304), soit enfin de la confirmation expresse ou tacite (art. 1338).

Mais c'est là tout un ordre de principes que nous devons retrouver ailleurs (liv. III, tit. I, chap. V, sect. VI et VII).

CHAPITRE VII.

DES MODES ET DES EFFETS DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE.

SOMMAIRE.

358. — Quels sont aujourd'hui les modes de dissolution du mariage.
359. — Des effets de la mort civile sur le mariage. — Renvoi.
360. — Des effets de la dissolution du mariage. — Renvoi.
361. — Le divorce est aboli.

358. — Le divorce ayant été aboli par la loi du 8 mai 1816, et la mort civile elle-même ayant été supprimée par la loi du 31 mai 1854, il n'y a plus aujourd'hui qu'un seul mode de dissolution du mariage, à savoir : la mort naturelle (comp., art. 227).

Est-ce la peine d'ajouter que le mariage d'ailleurs ne saurait être contracté sous aucune espèce de terme ou de condition quelconque, suspensive ou résolutoire?

359. — Nous avons déjà exposé les conséquences que produisait la mort civile, en ce qui concerne le mariage (*voy.* notre *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général; de la jouissance et de la privation des droits civils*, etc., n°s 206, 207-231).

360. — Quant aux effets de la dissolution du ma-

riage (art. 228), nous ne pouvons aussi que nous référer aux passages du tome Ier de ce Traité, où ils ont dû incidemment trouver place (nos 94, 95, 122-124, 348).

361. — Le divorce est, dis-je, abrogé; et rien n'annonce qu'il doive être rétabli. S'il arrivait qu'il le fût un jour (je forme, pour mon compte, un vœu tout contraire!) la loi nouvelle ne remettrait sans doute en vigueur l'ancien titre du Code Napoléon qu'avec un certain nombre d'amendements et de réformes. Sous tous les rapports donc, il serait hors de propos de nous en occuper aujourd'hui.

Passons de suite à la séparation de corps.

TITRE SIXIÈME.

DE LA SÉPARATION DE CORPS.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

362. — Définition de la séparation de corps.
363. — Notions historiques.
364. — Le Code Napoléon avait admis simultanément le divorce et la séparation de corps. — Par quels motifs? — Insuffisance de ses dispositions.
365. — Suite.
366. — Un projet de loi sur la séparation de corps, présenté en 1816, fut abandonné.
367. — Division.

362. — La séparation de corps est l'état de deux époux, dispensés par la justice, de l'obligation de demeurer ensemble.

Tel est le but principal de la séparation de corps, qui, très-différente du divorce, ne brise pas le lien du mariage et en modifie seulement les devoirs.

363. — On peut distinguer sur ce sujet, dans l'histoire de notre droit, quatre époques différentes :

1° L'ancienne jurisprudence, proclamant avec la religion catholique, l'indissolubilité absolue du mariage, prohibait le divorce et n'autorisait que la séparation (Pothier, *du Contr. de mar.*, n°s 462-466).

2° La législation intermédiaire, par une de ces réactions dont elle nous offre plus d'un exemple, prohiba

au contraire la séparation et n'autorisa que le divorce (loi du 20 septembre 1792, § 1, art. 1-7).

3° Le Code Napoléon autorisa en même temps le divorce et la séparation (*infra*, n° 364).

4° Enfin la loi du 8 mai 1816 ayant aboli le divorce, il ne reste plus aujourd'hui dans nos lois que la séparation de corps, comme dans notre ancien droit.

364. — Je viens de dire que le Code Napoléon avait admis simultanément le divorce et la séparation de corps. Il faut voir les intéressantes discussions dans lesquelles les inconvénients et les avantages de ces deux institutions furent successivement agités. Chacune d'elles avait ses apologistes et ses détracteurs; et il y eut un moment où les partisans exclusifs du divorce l'emportèrent, au point que le projet de Code civil, semblable à la loi du 20 septembre 1792, n'autorisait pas non plus la séparation. Mais le Conseil d'État la rétablit, et il importe de constater, dès à présent, quel fut son motif essentiel. C'est que la liberté des cultes exigeait ce double remède aux infortunes conjugales : il ne fallait pas réduire au désespoir l'époux malheureux auquel sa foi défendait de recourir au divorce; il ne fallait point le placer entre ses croyances religieuses et les insupportables tourments d'une existence commune; et cette considération était en effet d'autant plus puissante, que la religion catholique, qui défend le divorce, est celle de la grande majorité des Français.

La séparation de corps fut donc admise à côté du divorce et pour les mêmes causes; et ces deux voies furent ainsi offertes au choix volontaire des époux (Locré, *Legisl. civ.*, t. V, p. 3, 131-142).

Par malheur, les auteurs du Code Napoléon négligèrent de déterminer nettement les conséquences de cette espèce de parallélisme qu'ils venaient d'établir

entre le divorce et la séparation de corps. Sur l'observation, très-juste d'ailleurs du Premier Consul, on s'occupa d'abord exclusivement du divorce (Locré, *Législ. civ.*, t. V, p. 142); et après y avoir consacré quatre chapitres fort étendus, les rédacteurs renfermèrent dans un chapitre unique, composé seulement de six articles (chap. v, art. 306-311) toute la matière de la séparation.

Encore, s'ils avaient indiqué, par forme de renvoi, ceux des articles du divorce qui seraient applicables à la séparation! c'est ce qu'ils ont fait, à la vérité, pour quelques-uns de ces articles (comp. art. 306, 229, 232). Mais précisément les doutes n'en deviennent que plus sérieux, et les embarras plus grands, à l'égard des autres articles pour lesquels il n'existe point de renvoi semblable.

Et pourtant, comment ne point sortir du chapitre v de notre titre pour régler la séparation de corps! L'insuffisance de ses dispositions est si manifeste, si flagrante, qu'il est impossible de ne pas reconnaître que les rédacteurs ont entendu, en effet, que ce chapitre v serait complété par celles des dispositions du titre du divorce que l'analogie des situations devait rendre communes à la séparation de corps.

365. — Mais cette analogie, quand est-ce qu'elle existe? Entre ces deux institutions, pareilles sans doute à beaucoup d'égards, mais d'ailleurs si profondément dissemblables, où poser la limite? Question ardue, que le législateur aurait dû, certes, plus clairement résoudre, et qui, livrée aux interprétations de la doctrine et de la jurisprudence, ne pouvait pas manquer de susciter les plus regrettables conflits.

Cette situation est même plus difficile encore depuis la loi abolitive du divorce, puisqu'on se trouve ainsi

réduit à invoquer, comme toujours obligatoires, des articles en quelque sorte abrogés, et que d'ailleurs cette abrogation semblerait avoir pu donner plus d'intensité aux effets de la séparation de corps, seule ressource désormais de ceux-là mêmes qui auraient autrefois demandé le divorce (arg. de l'article 2 de la loi du 28 mai 1816; comp., Valette, *Explicat. somm. du livre I du Cod. Napol.*, p. 136-138).

366. — Une loi sur la séparation de corps, déjà nécessaire dès 1804, à l'époque de la promulgation du Code Napoléon, l'était donc devenue plus encore depuis le 8 mai 1816. Aussi, le 7 décembre suivant, un projet de loi sur cette matière fut-il adopté par la chambre des Pairs. Présenté, le 7 janvier 1817, à la chambre des Députés, ce projet n'eut pas de suite, et se trouva finalement abandonné. On ne saurait trop le regretter, soit parce qu'il renfermait en général de sages dispositions, auxquelles nous aurons même quelquefois occasion de recourir, soit parce qu'il comblait les graves lacunes du Code Napoléon sur un sujet qui intéresse à un si haut point les familles, les tiers, l'État lui-même, sur un sujet, hélas! d'une application si fréquente!

Quoi qu'il en soit, c'est avec les six articles de ce chapitre v qu'il nous faut l'expliquer encore; avec ces six articles, complétés, dis-je, par ceux des articles du divorce, que l'analogie des matières doit rendre communs à la séparation de corps. Aussi, l'ordonnance du 2 septembre 1816 a-t-elle maintenu, dans l'édition officielle du Code Napoléon, tous les articles relatifs au divorce, non point seulement afin de conserver l'ordre numérique des dispositions de ce Code, mais aussi sans doute, parce que beaucoup de ces articles demeurent encore en vigueur dans leur application à la séparation de corps.

367. Je pense que tous les principes de cette matière pourront trouver place dans le cadre suivant :

1° Pour quelles causes la séparation de corps peut-elle être demandée? — Cette demande est-elle susceptible d'être repoussée par des fins de non-recevoir? — Par qui peut-elle être formée?

2° Quelles sont les règles à suivre en ce qui concerne la demande en séparation de corps, les mesures provisoires, l'instruction, le jugement?

3° Quels sont les effets de la séparation de corps?

4° De quelle manière la séparation de corps peut-elle cesser? et quels sont les effets du retour des époux à la vie commune?

CHAPITRE PREMIER.

POUR QUELLES CAUSES LA SÉPARATION DE CORPS PEUT-ELLE ÊTRE DEMANDÉE? — CETTE DEMANDE EST-ELLE SUSCEPTIBLE D'ÊTRE REPOUSSÉE PAR DES FINS DE NON-RECEVOIR? — PAR QUI PEUT-ELLE ÊTRE FORMÉE?

SECTION I.

POUR QUELLES CAUSES LA SÉPARATION DE CORPS PEUT-ELLE ÊTRE DEMANDÉE?

SOMMAIRE.

368. — Le Code Napoléon détermine limitativement trois causes de séparation de corps.

369. — 1° Tout adultère de la femme est, pour le mari, une cause de séparation. — L'adultère du mari n'est, pour la femme, une cause de séparation que lorsqu'il a tenu sa concubine dans la maison commune.

370. — Dans quels cas peut-on dire que le mari a entretenu une concubine?

371. — Quel est le sens de ces mots : *dans la maison commune?*

372. — Peu importe à quel titre la concubine se trouve dans la maison.

373. — Faut-il qu'elle y ait été introduite par le mari lui-même?

374. — *Quid*, si les époux demeurant habituellement à la ville, le mari a tenu sa concubine dans une maison de campagne, ou *vice versa?*

375. — Si la femme n'habite pas elle-même la maison dans laquelle le mari demeure avec sa concubine, pourra-t-elle demander la séparation de corps pour cause d'adultère?

376. — *Quid*, dans le cas où la femme, plaidant en séparation de corps, aurait été autorisée à quitter provisoirement la maison commune?

377. — L'adultère du mari, lors même que la concubine n'est pas tenue dans la maison commune, ne peut-il pas devenir une cause de séparation?

378. — Suite.

379. — La conduite de la femme, lors même qu'il n'y aurait point adultère, ne peut-elle pas aussi devenir une cause de séparation?

380. — L'adultère est, en outre, un délit punissable correctionnellement, mais un délit toutefois soumis à des règles spéciales.

381. — C'est ainsi que l'article 308 autorise le tribunal civil à prononcer une peine correctionnelle. C'est là une compétence tout à fait exceptionnelle. — Conséquences.

382. — L'époux, dont le conjoint a commis un adultère (suivant la distinction désormais connue entre le mari et la femme), cet époux peut agir de deux manières différentes.

383. — 2° Les excès, sévices ou injures graves de l'un des époux envers l'autre, sont une cause réciproque de séparation. — Quelle est l'acception de ces mots : excès, sévices, injures?

384. — Les excès ne sont-ils pas toujours une cause nécessaire de séparation de corps?

385. — Les magistrats remplissent pour ainsi dire l'office de jurés en ces occasions. — Examen des différentes circonstances qu'il importe alors de prendre en considération.

386. — Les tribunaux jugent donc presque toujours, en fait, ces sortes de questions. — Conséquences.

387. — Le reproche d'adultère calomnieusement adressé par l'un des époux à l'autre, est-il une cause de séparation?

388. — *Quid*, du refus de la part du mari de recevoir la femme au domicile conjugal, ou du refus de la part de la femme d'y retourner?

389. — *Quid*, de la communication du mal vénérien par l'un des époux à l'autre?

390. — *Quid*, du refus de la part de l'un des époux, de procéder à la célébration religieuse du mariage? — *Quid*, du changement de

religion? — *Quid*, du refus de la part du père de faire baptiser ses enfants?

391. — *Quid*, de la demande en nullité du mariage formée par l'un des époux contre l'autre?

392. — La séparation de corps peut-elle être demandée 1° par le mari qui a désavoué un enfant conçu par sa femme avant le mariage; 2° par le conjoint, qui découvre que son conjoint a été frappé, avant le mariage, d'une condamnation à une peine infamante?

393. — Une injure grave et suffisante pour faire prononcer la séparation de corps, peut-elle se trouver dans une lettre adressée par l'un des conjoints à son conjoint ou à un tiers? — Faut-il qu'il y ait eu plusieurs lettres injurieuses? — *Quid*, des lettres confidentielles?

394. — L'époux demandeur en séparation de corps, qui a les lettres en sa possession, peut-il les produire en justice, de quelque manière qu'elles soient arrivées dans ses mains? — S'il ne les possède pas, peut-il assigner le tiers qui les a reçues et demander qu'il soit tenu de les produire ou du moins qu'il soit interrogé, comme temoin, sur la teneur de ces lettres?

395. — 3° La condamnation de l'un des époux à une peine infamante, est pour l'autre une cause de séparation de corps.

396. — Il faut, mais il suffit qu'il y ait eu condamnation.

397. — La condamnation ne doit plus être susceptible d'être réformée par une voie légale. — *Quid*, pourtant du recours en révision?

398. — Peu importe que la peine soit tout à la fois afflictive et infamante ou seulement infamante.

399. — La peine, avant la loi du 31 mai 1854, devait être seulement temporaire, puisque les peines perpetuelles entraînaient la mort civile et par suite la dissolution même du mariage.

400. — La séparation de corps ne peut point avoir lieu par consentement mutuel.

401. — *Quid*, des revers de fortune? — Des infirmités physiques ou morales? — De l'absence?

368. — Le Code Napoléon, plus précis à cet égard que l'ancien droit (Pothier, n° 507), détermine limitativement trois causes de séparation de corps :

1° L'adultère ;

2° Les excès, sévices ou injures graves ;

3° La condamnation à une peine infamante (comp. art. 306, 229-232.)

369. — 1° Tout adultère de la femme est, pour le

mari, une cause de séparation, en quelque lieu qu'il ait été commis, et sans distinguer s'il s'agit d'une faute accidentelle ou de relations suivies (art. 229).

L'adultère du mari n'autorise, au contraire, la femme à demander sa séparation que lorsqu'il a tenu sa concubine dans la maison commune (art. 230 C. Nap.; 339 C. pén.)

Ce n'est point, sans doute, que l'adultère ne constitue aussi de la part du mari un très-répréhensible manquement à la morale et aux devoirs du mariage; mais on ne peut nier que l'adultère de la femme ne soit bien plus coupable encore : soit parce que la femme devant être plus retenue par la pudeur même de son sexe, l'adultère suppose en elle plus de dépravation; soit parce que, dans l'état de nos mœurs, ou, si vous voulez, de nos préjugés, l'adultère de la femme porte à l'honneur du mari la plus grave atteinte; soit enfin parce qu'il peut avoir les plus funestes conséquences, et introduire dans la famille des enfants étrangers (*voy.* Montesquieu, *de l'Esprit des lois*, liv. XXVI, chap. VIII).

Ces motifs ne s'appliquent pas à l'adultère du mari; et voilà pourquoi la loi exige en outre une circonstance aggravante : « ... lorsqu'il aura tenu sa concu- « bine dans la maison commune, » dit l'article 229 du Code Napoléon; — « .... qui aura entretenu une con- « cubine dans la maison conjugale, » dit l'article 339 du Code pénal.

Pesons bien ces expressions; chacune d'elles caractérise spécialement cette circonstance aggravante, qu'il importe de préciser.

370. — *Lorsqu'il aura tenu sa concubine.... entretenu une concubine....* Des faits d'infidélité accidentels et fugitifs ne suffiraient donc pas, en général (*infra*, n° 378), lors même qu'ils auraient été commis dans

la maison commune, soit avec plusieurs femmes, soit avec la même; — il faut qu'il y ait eu des relations plus ou moins continuées et *entretenues*, un état de *concubinage*, une de ces liaisons honteuses qui livrent l'épouse légitime à la plus insultante rivalité (comp. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 405).

Entretenu... n'importe à quelles conditions.... onéreuses ou gratuites; il ne s'agit pas ici des dépenses ni même des prodigalités du mari. C'est le désordre de ses mœurs qui constitue l'outrage (D. *Rec.*, *alph.*, nouv. édit., v° *Adultère*, n° 68.)

371. — *Dans la maison commune* (art. 329 C. Nap.); *dans la maison conjugale* (art. 339 C. pén.).... c'est-à-dire sous les yeux même de l'épouse bravée et humiliée, en présence des domestiques, et des enfants peut-être témoins des plus scandaleux exemples; dans ce sanctuaire enfin de la famille, dont la pureté est si essentielle au bonheur et au repos de tous.

Ces motifs, qui sont certainement ceux de la loi, doivent servir à préciser le sens des mots : *maison commune*.

M. Massol enseigne « que la séparation de corps peut être accordée alors même que la concubine n'habiterait pas le même appartement que les époux, pourvu cependant qu'elle soit logée sous le même toit.... » (p. 33, n° 8.)

Cette proposition me paraît trop générale. Régulièrement, je crois qu'il faut entendre par *maison commune* les lieux qui servent d'habitation aux époux; qui forment leur logement même et, comme on dit, leur *intérieur;* les lieux enfin, où chacun d'eux a le droit de se présenter, a le droit d'aller et venir sans sortir de chez soi. Voilà quelle me paraît la véritable acception de ces deux mots, qu'il ne faut pas séparer l'un de l'autre, et dont le second limite et définit le premier : *maison commune !*

Les époux occupent la maison tout entière et ses dépendances? la maison tout entière et ses dépendances seront alors la maison commune (Besançon, 9 avril 1808, Lanchet, D., *Rec. alph.*, t. II, p. 893, n° 2); et si le mari entretient une concubine dans un pavillon placé au bout du jardin attenant à cette maison, je n'approuverais point l'arrêt qui ne trouverait point, dans ces faits, une souillure de la maison conjugale.

Les époux habitent un château attenant à une ferme; et le mari entretient des relations coupables avec la fille de son fermier? la concubine ne sera pas dans la *maison commune*, si le château et la ferme, quoique contigus, sont néanmoins séparés et forment des édifices distincts (comp. Limoges, 21 mai 1835, de Brugière, Dev., 1835, II, 469; Cass., 14 juin 1836, mêmes parties, D., 1836, I, 353).

Mais les époux demeurent au premier étage, et la concubine est au second étage de la même maison? Mettez même la concubine au premier et les époux au second?... Mettez-les au même étage, et porte à porte? Je n'en répondrai pas moins que la concubine n'est point alors dans la *maison commune*. J'excepte toutefois, bien entendu, le cas où, par un certain arrangement des lieux, au moyen, par exemple, d'une simple cloison faite *ad hoc*, le mari tiendrait en réalité sa concubine dans l'appartement commun; ce serait là une fraude dont il ne faudrait pas être dupe. Mais, si vous supposez, au contraire, deux logements bien séparés et bien distincts, je persiste à dire que la concubine ne sera pas alors dans la *maison conjugale*. —Mais c'est là, dit-on, un scandale! ces deux femmes vont se rencontrer à tout moment! est-ce que le mari n'outrage pas ainsi son épouse de la manière la plus san-

glante?—Eh! mais croyez-vous donc que l'outrage ne serait pas aussi grave, si cette concubine avait été placée de l'autre côté de la rue, en face même des fenêtres de la maison conjugale, et si le mari se montrait là avec elle, aux yeux de sa femme et de ses enfants, et de tout le public? oui certes; et pourtant vous ne diriez pas sans doute qu'il tient alors sa concubine dans la maison commune. Eh bien! deux appartements différents, surtout dans les gigantesques constructions de ce temps-ci, forment sous ce rapport, comme deux maisons différentes; l'escalier, que vous dirai-je? c'est la voie publique, c'est la rue! Et alors, de deux choses l'une : si les relations coupables du mari font en effet scandale, s'il les entretient sans pudeur, et surtout s'il les continue après avoir été découvert et averti, nous pourrons trouver dans ce voisinage, dans cette proximité, une circonstance qui donnera à cet adultère le caractère d'une *injure grave* (*infra*, n° 377). Mais si le mari n'avait été entraîné que par faiblesse, s'il s'était soigneusement caché, s'il n'avait pas cessé de se conduire comme un honnête homme envers sa femme, s'il avait de suite rompu ses relations une fois découvertes, je dis qu'on pourrait bien n'y pas voir d'*injure grave*. Rien de tout cela n'excuserait l'adultère avec une concubine entretenue dans la maison commune! Pour celui-là point de pardon ni d'indulgence; il est une cause nécessaire de séparation. Mais, du moins, faut-il qu'il réunisse les conditions déterminées par la loi. Dans le cas contraire, il me paraît utile et moral de laisser aux magistrats le soin d'apprécier les faits. L'adultère du mari est toujours une faute très-répréhensible sans doute; mais enfin on ne peut nier que cette faute peut être plus ou moins grave suivant les cas; et, quoi qu'en ait dit la Cour de Lyon (29 mai 1828, Minist. publ.

C. C..., D., 1828, II, 144), l'adultère aussi *a ses degrés !*

Laissons donc aux magistrats un pouvoir discrétionnaire toutes les fois que l'adultère du mari, n'ayant pas été commis dans la *maison commune*, c'est-à-dire dans l'appartement commun, ne pourra être qu'à titre d'injure grave, une cause de séparation (comp. Cass., 28 nov. 1859, Devilliers, Dev., 1860, I, 342.)

372. — Peu importe à quel titre la concubine se trouve dans la maison : servante, institutrice, dame de compagnie, ou tout autre.

A plus forte raison si c'est à titre de parente, de sœur, par exemple, ou de fille ; car, apparemment l'adultère ne saurait invoquer comme excuse l'inceste même qui l'aggrave! (Cass., 5 juillet 1813, dame M..., Merlin, *Rép.*, t. XV, v° *Adultère*, n° 8 *bis.*)

373 — Je ne crois pas non plus qu'il faille distinguer par qui elle y a été introduite.

Une opinion toutefois enseigne que c'est le mari lui-même qui doit l'y avoir attirée d'abord, ou du moins retenue ensuite. On suppose, par exemple, que la femme a choisi seule et très-librement une servante ; puis ensuite des rapports illicites s'établissent entre elle et le mari ; y a-t-il là cause de séparation?

Oui, dit-on, si la femme voulant chasser cette fille, le mari s'y est opposé ; non dans le cas contraire, parce qu'alors on ne peut pas dire que *le mari* ait *tenu* sa concubine dans la maison commune (Marcadé, art. 306, n° 2).

Mais il me semble que le texte n'exige pas cette condition : le mot *tenu*, de notre article 230 du Code Napoléon, a certainement la même acception que le mot *entretenu*, qui se trouve dans l'article 339 du Code pénal ; or, n'est-il pas vrai que le mari a *entretenu* cette fille dans la maison commune, quoique ce ne soit pas

lui qui l'y ait fait venir ou qui l'y ait conservée? oui sans doute; donc, l'article 339 du Code pénal est applicable, et aussi par conséquent, l'article 230 du Code Napoléon. Et cela est moral et utile. Le fait, pour être alors un peu moins coupable, est toujours très-grave et très-blessant pour l'épouse. J'ajoute que c'est là aussi le fait le plus à craindre et le plus fréquent, et qu'il importe de le réprimer, afin de le prévenir. Si on objectait que, dans les discussions préparatoires, il a été dit que l'adultère du mari est une cause de séparation, *lorsqu'il a introduit sa concubine dans la maison commune* (Tronchet), il suffirait de répondre que le texte finalement ne l'exige pas ainsi, et que d'ailleurs le mari, par ses relations illicites, *établit* ainsi lui-même sa concubine à un autre titre dans la maison conjugale (Paris, 11 juillet 1812, de Montarcher, Sirey, 1812, II, 425; Cass., 26 juill. 1813, mêmes parties, Sirey, 1813, I, 401; Merlin, *Rép.*, t. XV, v° *Adultère*, n° 8 *bis*, p. 10, 11; Duranton, t. II, n° 546; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 153; Massé et Vergé, t. I, p. 249, 250; Massol, *de la Sépar. de corps*, p. 33, note 2.)

374. — *Dans la* MAISON *commune, dans la* MAISON *conjugale...*, c'est-à-dire dans le lieu de la résidence et de l'habitation des époux, quand même ce lieu ne serait pas celui de leur domicile; c'est à l'article 214, et non pas à l'article 108, que la loi, en cette occasion, se réfère.

Les époux ont leur domicile dans une ville, à Paris ou à Lyon; mais ils habitent pendant plusieurs mois de l'année, comme propriétaires, usufruitiers, usagers ou locataires, peu importe, une maison de campagne, ou une maison dans une autre ville; et c'est là que le mari a entretenu sa concubine. Cette maison, dans laquelle les époux avaient établi pour un temps plus ou moins long leur résidence, était dès lors la maison

commune, la maison conjugale; il y aura donc cause de séparation. Et la raison de la loi est ici parfaitement d'accord avec son texte (Delvincourt, t. I, p. 78, note 3; Duranton, t. II, n° 544; Valette sur Proudhon, t. I, p. 531, note *a*, 11; Massol, p. 51, n° 8; de Vatismenil, *Encyclop. du droit*, v° *Adultère*, n° 13; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 152; Massé et Vergé, t. I, p. 149; Demante, t. II, n° 6 *bis*, II).

375. — Mais si la femme n'habite pas elle-même la maison dans laquelle le mari demeure avec sa concubine, pourra-t-elle demander la séparation de corps pour cause d'adultère?

Non, direz-vous peut-être, puisque cette maison n'est point alors la maison *commune*, puisque les regards de l'épouse ne sont point alors outragés par le spectacle d'une odieuse rivalité. Écoutez, en effet, les lois romaines : « Si quis in ea domo, in qua *cum sua* « *conjuge manet*, contemnens eam cum alia invenie- « tur.... » (Nov. 119, chap. IX, § 4).... « Inspiciente « uxore.... » (Nov. 22, chap. XIII). Et le projet de loi, adopté en 1816 par la chambre des Pairs, portait aussi : « La femme pourra demander la séparation de corps pour cause d'adultère de son mari, lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune, *sa femme y résidant.* » (Locré, *Législ. civ.*, t. V, p. 571.).

Mais cette solution ne me paraît pas conciliable avec nos textes (art. 230 C. Napol.; 339 C. pén.); et je les trouve, à cet égard, bien préférables à l'amendement qui devait les modifier :

En droit d'abord, qu'est-ce que la maison commune? qu'est-ce surtout que la maison conjugale? c'est toujours la maison même du mari. *Partout*, en effet, où le mari *habite et réside*, la femme est obligée d'habiter et de résider avec lui; de même que le mari est obligé de la recevoir (art. 214). Cette maison, où le

mari demeure, n'en est donc pas moins toujours légalement la maison commune et conjugale, quoique la femme elle-même n'y demeure pas actuellement.

Et, en fait d'ailleurs, pourquoi la femme n'y demeure-t-elle pas? Regardez bien, et vous trouverez, le plus souvent alors, une circonstance aggravante de l'adultère du mari.

Tantôt, c'est le mari lui-même qui abandonne sa femme, et qui va s'établir ailleurs avec une concubine; cet abandon ne saurait être pour lui apparemment un motif d'excuse! La femme n'est-elle pas alors délaissée pour une concubine qui tient sa place à côté du mari? Il y a donc là une cause de séparation, lors même que ce serait dans une chambre d'hôtel garni que le mari se serait installé avec sa complice; *installé*, dis-je; car il faudrait qu'il y eût résidé pendant assez de temps pour que cette chambre fût devenue la *maison conjugale* (Paris, 29 juin 1839, Joffreux, D., *Rec. alph.*, nouv. édit., v° *Adultère*, n° 65).

Tantôt, c'est la femme qui est chassée par son mari de la maison conjugale, ou qui se voit obligée elle-même de se retirer devant la concubine triomphante. Il n'y a pas là non plus sans doute une cause d'atténuation et d'indulgence!

Je conviens, toutefois, que, dans certains cas, la conduite du mari pourrait paraître non point excusable assurément, mais moins répréhensible peut-être. Voici une femme qui a déserté la maison commune sans aucun motif; son mari l'a sollicitée, l'a priée d'y revenir; je suppose même qu'il lui a fait une sommation, qu'il a obtenu un jugement, qu'il a enfin employé tous les moyens possibles pour la ramener près de lui. Rien n'y a fait! et le mari, demeuré seul, finit par vivre avec sa servante.

La femme alors demande sa séparation : est-elle fondée?

L'affirmative semble d'abord n'être pas juste; car enfin, les premiers torts viennent de la femme; elle doit s'accuser elle-même de ce qui est arrivé! c'est son abandon du domicile conjugal, c'est son refus d'y revenir qui est la cause des faiblesses du mari.

Cette question particulière se rattache à une question générale, que j'examinerai plus bas : à savoir si la réciprocité des fautes peut produire une sorte de compensation, et élever une fin de non-recevoir (*infra*, n° 415). Je répondrai toutefois ici, dès ce moment, que la femme, même dans les circonstances qui précèdent, me paraîtrait fondée dans sa demande :

L'adultère est une cause péremptoire de séparation. Il n'y a pas lieu, dans ce cas, à cette appréciation discrétionnaire que comporte une demande fondée sur des sévices ou des injures. Dès que l'adultère est prouvé, la séparation doit être prononcée, si ce n'est peut-être dans des cas très-rares et très-exceptionnels (*infra*, n° 415); or, la femme, nous le supposons, a prouvé que le mari a entretenu une concubine dans la maison conjugale; donc, elle a le droit absolu d'obtenir sa séparation. Et je ne crois pas que sa conduite, à elle-même, dans l'espèce proposée, soit telle qu'elle puisse excuser l'adultère du mari. Cet adultère, après tout, n'en a pas moins souillé la maison conjugale, en présence des enfants peut-être et des domestiques. Les tiers, le public auront presque toujours aussi connu ces honteux désordres. Et, enfin, qui nous dit que la femme n'a pas été ensuite empêchée, par la présence de cette concubine, de retourner au domicile conjugal?

Je l'avouerai pourtant, le mari, contre lequel la séparation serait alors prononcée, me paraîtrait sévèrement, trop sévèrement puni peut-être! et aujourd'hui

qu'il est reconnu que la séparation de corps entraîne des conséquences si graves contre l'époux qui succombe, je me prends moi-même à le plaindre! Je ne retire pas, néanmoins, ma solution, car je la crois juridique et morale; mais je conseillerais, en ce cas, au mari de former contre sa femme une demande reconventionnelle en séparation, afin que si l'abandon qu'elle aurait fait du domicile conjugal paraissait constituer une injure grave (*infra*, n° 388), on prononçât la séparation à la fois contre l'un et contre l'autre, comme je crois que cela est possible (*infra*, n° 416). De cette manière, au moins, la révocation des avantages serait réciproque, comme les torts qui l'auraient causée (comp., sur les hypothèses qui précèdent, Poitiers, 28 messidor an XII, Lambert, Sirey, 1804, II, 180; Douai, 24 juill. 1812, Marie-Anne C... C. B..., Sirey, 1813, II, 33; Cass., 21 déc. 1818, Dupuis, Sirey, 1819, I, 163; Cass., 27 janv. 1819, Peignard, Sirey, 1819, I, 165; Orléans, 16 mai 1820, L... C. L..., Sirey, 1821, II, 134; Cass., 9 août 1821, L... C. L..., Sirey, 1821, I, 349; Agen, 27 janv. 1824, S... C. S..., Sirey, 1825, II, 7; Toulouse, 12 avril 1825, S... C. M..., Sirey, 1825, II, 299; Cass., 17 août 1825, Thevenez, Sirey, 1826, I, 1; Bruxelles, 14 nov. 1830, D... C. D..., Dev., 1831, II, 60; Rennes, 20 janvier 1851, *J. du P.*, 1851, I, 388; Cass., 12 déc. 1857, Boussard, Dev., 1858, I, 175; Merlin, *Quest. de droit*, t. VII, v° *Adultère*, § 2 et 3; Duranton, t. II, n° 545; Vazeille, t. II, n° 535; Massol, p. 31, n° 8).

376. — Je considérerais encore la maison du mari comme la maison conjugale, même dans le cas où la femme, pendant l'instance en séparation de corps, aurait été autorisée à la quitter (art. 878 C. procéd.).

On objecte en vain, suivant moi, que cette maison

n'est plus alors, ni en fait ni en droit, la maison commune (Cass., 27 avril 1838, Marmiers; Grenoble, 18 nov. 1838, mêmes parties, D., *Rec. alph.*, nouv. édit., v° *Adultère*, n° 64).

Ce n'est que *provisoirement* que la femme est, dans ce cas, autorisée à se retirer dans un autre lieu; la maison du mari est donc toujours, en droit, la maison conjugale; et la femme, en effet, surtout si elle est demanderesse, a toujours le droit d'y retourner.

377. — Le mari et la femme demeurent ensemble dans la maison conjugale; mais le mari entretient des relations avec une femme qui habite une autre maison. L'adultère, dans de telles circonstances, est-il une cause de séparation?

L'adultère? non, comme cause ainsi qualifiée de séparation, comme cause nécessaire et péremptoire. L'article 230 s'y oppose absolument, puisque le mari n'a pas entretenu sa concubine *dans la maison commune*, même d'après l'interprétation la plus extensive de ces mots.

Cette conduite du moins ne pourra-t-elle pas être considérée comme une injure grave faite par le mari à la femme? (Art. 231, *infra*, n° 383.)

Le doute vient de ce que la loi elle-même s'est occupée de ce fait particulier, et qu'elle a déterminé les conditions sous lesquelles seulement l'adultère du mari serait une cause de séparation. Elle a voulu que l'adultère simple ne fût pas suffisant; elle a exigé une circonstance de plus; mais cette circonstance, remarquez qu'elle l'a soigneusement spécifiée; donc, en dehors de cette condition, on ne saurait admettre l'adultère du mari comme une cause de séparation, sans violer le texte même de l'article 230. Il ne faut pas, en effet, exciter la femme à surveiller, à épier au dehors les démarches de son mari, à porter peut-être, par ses

soupçons jaloux, le trouble dans d'autres ménages! La pudeur de son sexe, l'autorité maritale, toutes les convenances enfin lui commandent des sentiments de réserve et de confiance.

J'apprécie ces motifs, et il sera bon toujours de s'en souvenir; mais n'en concluez pas pourtant que l'adultère du mari, quelles qu'en soient les circonstances, ne pourra jamais être considéré comme une injure grave pour la femme. Ce que l'article 230 défend, c'est de voir, dans cet adultère, une cause *nécessaire* de séparation, que les juges *devraient* toujours admettre, lorsque le mari n'aura pas tenu sa concubine dans la maison commune. Mais il ne s'oppose nullement à ce que les magistrats *puissent* y voir, suivant les cas, une de ces injures graves dont la loi leur confie la souveraine et discrétionnaire appréciation. Comment! le mari entretiendra une femme de mauvaise vie; il fera pour elle les plus folles dépenses; il poussera le cynisme jusqu'à se montrer avec elle dans les lieux publics; il l'établira dans le voisinage même de la demeure conjugale, à côté de sa femme; et l'on dirait qu'il n'y a point là d'*injure grave!* Mais quelle injure, mon Dieu, serait plus poignante! Laquelle pourrait blesser plus profondément le légitime orgueil de l'épouse, et déchirer plus cruellement son cœur! (Nov. 117, cap. IX, § 5; Bordeaux, 19 mai 1828, Dufourg, Sirey, 1828, II, 265; Limoges, 21 mai 1835, de Brugière, Dev., 1835, II, 469; Cass., 14 juin 1836, mêmes parties, D., 1836, I, 353; Caen, 21 juill. 1836, 1re chambre, B.... C. B..., *Rec. de Caen*, t. III, p. 532; Vazeille, t. II, n° 546; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 153; Massol, p. 34, n° 10.)

378. — C'est par les mêmes motifs aussi qu'on pourrait trouver une cause de séparation dans la conduite du mari, qui même sans *entretenir* aucune con-

cubine, ni chez lui, ni au dehors, amènerait habituellement, dans la maison commune, des femmes de mœurs perdues. S'il est vrai que quelques actes fugitifs et passagers d'infidélité, même commis dans la maison conjugale, ne seraient pas suffisants, il ne faut pas non plus que le mari croie pouvoir en faire un lieu de débauche.

379. — Réciproquement, le mari pourrait, de son côté, demander la séparation de corps pour cause d'injure grave, si la femme, même non adultère, l'avait en effet gravement outragé par des familiarités impudiques ou inconvenantes avec un tiers. Les magistrats apprécieraient.

380. — Nous n'avons considéré l'adultère que comme cause de séparation de corps; et tel est, en effet, ici le seul objet de notre étude.

Remarquons, toutefois, que l'adultère ne constitue pas seulement un tort de l'un des époux envers l'autre; il blesse encore le bon ordre de la société, par cela même qu'il porte le trouble dans les familles. Aussi, la loi le punit-elle comme un délit, délit néanmoins d'un caractère spécial, qui intéresse avant tout l'honneur de l'autre époux, et que des ménagements nécessaires, et de hautes considérations de décence et de moralité publique ne permettaient pas d'assimiler absolument aux autres délits. Et de là de grandes différences (comp. art. 1, 4 inst. crim., et art. 336-339 C. pén.; *voy.* aussi *infra*, n° 532).

381. — Est-ce aussi par la nature particulière de ce délit qu'il faut expliquer la disposition de l'article 308 du Code Napoléon, qui, contrairement à l'ordre général des juridictions, confère au tribunal civil le droit de prononcer une peine correctionnelle?

On peut dire, il est vrai, que les juges civils devant lesquels l'instance en séparation de corps vient de se

déployer, ont acquis, par cela même, tous les éléments nécessaires de décision. Mais ce motif, très-raisonnable sans doute, ne me paraît pas toutefois suffisant pour justifier cette compétence exceptionnelle; car, dans bien d'autres circonstances encore, un procès civil peut révéler des faits punissables qui ne sauraient être, néanmoins, atteints par le même jugement. Ne serait-ce point plutôt à une raison historique qu'il faudrait demander l'origine de notre article 308? Réprimé autrefois par notre ancienne jurisprudence, l'adultère de la femme avait cessé d'être traité comme un délit par la législation intermédiaire (loi du 25 septembre 1791). C'est sous l'empire de cette loi, que le nouveau législateur s'occupa de la séparation de corps, et qu'impatient peut-être de rétablir une pénalité contre l'adultère, il la décréta de suite dans le Code Napoléon (art. 298, 308). Mais il faut reconnaître qu'il a ainsi conféré au tribunal civil une compétence tout à fait extraordinaire; d'où il suit, par exemple :

1° Que le tribunal qui, en prononçant la séparation de corps contre la femme, aurait omis de lui appliquer, *par le même jugement*, la peine de l'emprisonnement, ne pourrait plus la lui appliquer ensuite (Rouen, 14 mai 1829, Martin, Dev., 1831, II, 76);

2° Qu'il ne pourrait, en aucun cas, prononcer de peine contre le complice de la femme, ni contre le mari, même par le jugement qui prononcerait la séparation de corps contre lui, pour cause d'adultère (Duranton, t. II, n° 542; Massol, p. 190, n° 3; de Vatismenil, *Encyclop. du droit*, v° *Adultère*, n° 60; D., *Rec. alph.*, nouvelle édition, v° *Adultère*, § 3, n° 41).

382. — On voit, par ce qui précède, que l'époux, dont le conjoint a commis un adultère (suivant la distinction qui nous est maintenant connue entre le

mari et la femme), que cet époux, dis-je, peut agir de deux manières :

1° Il peut demander sa séparation de corps devant le tribunal civil, seul compétent pour la prononcer;

2° Il peut, sans former aucune demande en séparation, porter plainte et appeler sur son conjoint la peine due à son délit.

La séparation de corps, qui entraîne toujours la séparation de biens, pouvant avoir des conséquences préjudiciables pour l'époux lui-même qui l'obtient, la loi a cru devoir le laisser libre à cet égard d'apprécier ce qu'il lui conviendrait de faire. Ce sont là, je le répète, deux voies distinctes, deux façons d'agir très-différentes; et on verra bientôt pourquoi j'insiste sur cette observation (*infra*, n° 409).

383. — 2° Les excès, sévices ou injures graves de l'un des époux envers l'autre, sont une cause de séparation (art. 231, 306).

Les excès sont les actes qui dépassent toute mesure, ou, plus précisément, les attentats qui compromettent l'existence même de celui qui en est victime.

Les sévices sont des actes de cruauté, de méchanceté, moins violents, mais, en général, plus habituels: les voies de fait, les mauvais traitements, etc.

Les injures graves résultent de *paroles*, d'*écrits* ou de *faits* outrageants par lesquels l'un des époux attente à l'honneur et à la considération de l'autre, et témoigne pour lui des sentiments de haine, d'aversion ou de mépris.

Telle est l'acception généralement reconnue de ces mots, que la loi d'ailleurs n'a pas définis et ne pouvait pas définir; car il s'agit essentiellement ici d'une question de fait qui devait être abandonnée à l'appréciation discrétionnaire des magistrats.

384. — On a proposé toutefois, entre les excès

d'une part, et les sévices ou injures d'autre part, cette différence, « que les excès constituent toujours, et d'une manière absolue, des causes de séparation, tandis qu'il en est autrement des sévices et des injures.» (Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 155.)

Je crois, en effet, aussi, que les excès, une fois constatés, sont une cause nécessaire de séparation.

Un article, d'abord inséré dans le projet de Code Napoléon, était ainsi conçu : « L'attentat de l'un des « époux à la vie de l'autre, sera pour celui-ci une « cause de divorce. »

Mais une demande en divorce (ou en séparation), ainsi formulée, n'eût pas manqué d'appeler sur l'époux défendeur les poursuites, ou du moins les recherches de la justice criminelle; et on ne voulut pas que l'époux demandeur ne pût présenter cette cause si légitime de séparation, « sans courir quelquefois le risque de traîner son conjoint à l'échafaud. » L'article fut donc supprimé; mais le mot *excès*, ajouté ensuite, eut pour but de reproduire l'idée que le mot *attentat* exprimait (Locré, *Législ. civ.*, t. V, p. 103-183, 262.)

Lors donc que l'existence des *excès* est reconnue, le mot l'emporte, c'est que la mesure est comblée ; et il est vrai de dire alors, d'une manière absolue, qu'il y a lieu à séparation.

Mais, en fait, quand est-ce qu'il y aura *excès?* Il faut bien l'avouer, c'est là une question que les magistrats doivent aussi apprécier d'après les circonstances; et sous ce rapport, la différence proposée ne sera, le plus souvent, que d'un médiocre intérêt pratique (comp. Vazeille, t. II, n° 541 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 406; Demante, t. II, n° 7 *bis*, I).

385. — Les magistrats remplissent donc, en quelque sorte, l'office de jurés en ces occasions (D., *Rec.*

alph., t. II, p. 885). C'est à leur sagesse, à leur discernement, à leur expérience que la loi confie les grands et sérieux intérêts que ces questions soulèvent : l'intérêt des époux eux-mêmes, qu'il ne faut ni séparer légèrement pour des querelles passagères, ni désespérer non plus par la prolongation insupportable de l'existence commune; l'intérêt de la société, qui commande sans doute, avant tout, le maintien des ménages, mais qui se trouve plutôt satisfait que compromis par le jugement qui met un terme à des dissensions domestiques et à des scandales.

Il serait difficile de tracer d'avance des règles toujours sûres d'appréciation; bornons-nous à indiquer les principales circonstances qu'il importe alors de bien examiner :

1° Quel est le caractère du fait lui-même, sa gravité plus ou moins grande? Notez les expressions de la loi : sévices, *sævitia*, cruauté!... injures *graves!* Les torts doivent donc être considérables; des brusqueries, des mouvements de vivacité, des paroles dures ne suffiraient pas. Quel ménage n'est pas quelquefois ainsi troublé?

2° S'agit-il d'un fait unique, qui, même en le supposant grave, pourrait être considéré comme l'effet d'un égarement accidentel, ou, au contraire, de plusieurs faits répétés et renouvelés?

3° Ces faits, où se sont-ils passés? en secret ou publiquement?

La publicité sans doute n'est pas une condition nécessaire des sévices, ni même des injures. Le texte ne l'exige pas, et on a même rejeté un amendement qui proposait de substituer les mots : *diffamation publique* à ceux d'injures graves (Locré, *Législ. civ.*, t. IV, p. 202; Poitiers, 29 juill. 1806, Bouhier, Sirey, 1806, II, 191; Cass., 9 nov. 1830, de Montal,

Dev., 1830, I, 398; Duranton, t. II, n° 554; Zachariæ, t. III, p. 355).

Mais il n'en est pas moins vrai aussi que la publicité peut être une des circonstances les plus aggravantes du fait lui-même (Dijon, 30 pluviôse an XIII, Benon, Sirey, 1813, II, 289).

Comme aussi l'absence de publicité peut en affaiblir beaucoup la portée (Bourges, 4 janv. 1825, Charlot, Sirey, 1825, II, 206).

4° Les faits reprochés au défendeur ont-ils eu lieu sans cause, sans motif? ou bien, au contraire, n'ont-ils pas été provoqués par l'époux demandeur lui-même, qui aurait, comme dit Pothier (n° 509), *poussé sa patience à bout?* Sans admettre, à cet égard, la doctrine de la compensation des torts réciproques entre les époux (*infra*, n° 415), je n'hésite pas à reconnaître que cette réciprocité doit être prise en grande considération pour apprécier les griefs produits par l'époux demandeur contre le défendeur; à ce point même que le reproche d'adultère adressé par le mari à sa femme pourrait, à mon avis, n'être pas considéré comme une injure grave, si les déréglements, ou même seulement les légèretés et les imprudences de la femme avaient arraché ce reproche au cœur ulcéré du mari! (Comp. Bruxelles, 27 floréal an XIII, Meeus, Sirey, 1805, II, 23 et 517; Cass., 14 prairial an XIII, Cheré, Sirey, 1807, II, 908; Metz, 7 mai 1807, P... C. P..., Sirey, 1807, II, 649; Toulouse, 9 janv. 1824, B... C. B..., Sirey, 1824, II, 170; Cass., 11 janv. 1837, Barberaud, D., 1837, I, 225; Caen, 24 janv. 1840, 1re chambre, Briant; Paris, 15 mars 1841, Fournier, D., 1841, II, 122; Merlin, *Rép.*, t. III, v° *Correction*, n° 2, et v° *Divorce*, sect. IV, § 12; Toullier, t. II, n° 764; Zachariæ, t. III, p. 355 et 364.)

5° L'éducation des parties, leurs habitudes, leur

position sociale sont aussi au premier rang des circonstances que le juge doit soigneusement peser. Il faut, sous ce rapport, apprécier les faits d'une manière toute relative ; le même acte, qui n'effleurerait même pas la sensibilité d'une personne, portera la désolation et la haine chez une autre. Qu'est-ce, par exemple, suivant le mot de Pothier (n° 509), qu'un *soufflet ou un coup de poing ?* peccadille parfois, suivie de représailles immédiates et d'un oubli complet de part et d'autre ; — ineffaçable outrage, au contraire, dans d'autres cas, et qui laissera au cœur de l'offensé une plaie toujours vive !

6° Ayons égard pareillement à l'âge des époux, à la durée plus ou moins longue déjà de leur mariage ; gardons-nous, à moins de faits très-graves, de séparer ces jeunes gens qui n'ont pas encore eu le temps de s'entendre, ou ce vieux ménage, cimenté par de longues années d'habitudes communes et de tolérance réciproque.

Ce n'est pas, bien entendu, que je veuille invoquer ici l'article 277, d'après lequel le divorce par consentement mutuel ne pouvait plus être admis après vingt ans de mariage. Ce texte, aujourd'hui abrogé, et qui ne s'appliquait pas même au divorce pour cause déterminée (Trèves, 28 mai 1813, Windelin, Sirey, 1814, II, 20), n'a jamais pu *a fortiori* être étendu à la séparation de corps (Caen, 8 déc. 1831, Leduc, D., 1834, II, 44).

7° Enfin, n'oublions pas de nous enquérir s'il y a des enfants, ce lien si puissant entre les père et mère, cette occasion si douce de rapprochement entre les époux !

386. — On voit, par ce qui précède, que les tribunaux jugent sous ce rapport, *en fait*, ces sortes de procès, et que le pourvoi en cassation n'offre presque

jamais alors de chance (comp. Cass., 11 frimaire an XIV, Buniva, Sirey, 1806, I, 97; Cass., 16 fév. 1808, L... C. L..., Sirey, 1808, I, 179; Cass., 2 mars 1808, Decordey, Sirey, 1808, I, 202; Cass., 25 mai 1808, Desmorandais, Sirey, 1808, I, 412; Cass., 19 avril 1825, Lamarthonie, Sirey, 1825, I, 413; Cass., 11 janv. 1837, Barberaud, Dev., 1837, I, 640; Caen, 23 fév. 1857, X..., Dev., 1857, II, 568; Cass., 6 fév. 1860, Vanier, D., 1860, I, 22).

Il est même, selon moi, regrettable qu'on ait paru quelquefois proposer comme théoriques certaines solutions qui véritablement ne sauraient avoir ici ce caractère. La doctrine peut bien offrir des exemples et la jurisprudence des précédents plus ou moins analogues; mais le caractère particulier des faits et des circonstances n'en reste pas moins toujours l'élément essentiel de décision dans chaque espèce. C'est sous cette réserve que je vais m'expliquer sur les solutions dont je parle, et qui s'appliquent, en effet, aux causes de séparation le plus ordinairement invoquées dans l'état des mœurs, des habitudes et des passions de notre société.

387. — Ainsi on pourra généralement considérer comme une injure grave :

1° Le reproche d'adultère calomnieusement adressé par le mari à sa femme, surtout s'il est fait en public, avec précision, avec désignation, par exemple, d'une personne déterminée; à plus forte raison, en serait-il ainsi d'une plainte en adultère rejetée. Il se pourrait même que le mari fût fondé à demander la séparation pour cette cause (Paris, 14 déc. 1810, Haillot, Sirey, 1811, II, 236; Paris, 15 juin 1812, Durand, Sirey, 1813, II, 84; Paris, 17 mai 1826, Duf..., Sirey, 1826, II, 306; Rennes, 21 août 1833, D... C. D..., Dev., 1834, II, 285; Locré, *Législ. civ.*, t. V, p. 54; Merlin,

Rép., t. XII, v° *Sépar. de corps*, § 1, n° 4; Vazeille, t. II, n°s 550, 551; Duranton, t. II, n° 554).

Remarquons toutefois qu'il se pourrait qu'une action en désaveu de paternité, quoiqu'elle eût été rejetée par les juges, ne dût pas être considérée comme constituant une injure grave, de nature à fonder une demande en séparation de corps de la part de la femme, comme si, par exemple, la conduite de celle-ci avait pu justifier les soupçons du mari, et surtout si l'action en désaveu avait été simplement déclarée non recevable, parce qu'elle aurait été formée tardivement (comp. Paris, 7 mai 1855, Painblanc, Dev., 1855, II, 770).

388. — 2° On pourra voir aussi une cause de séparation dans le refus persévérant, de la part du mari, de recevoir sa femme au domicile conjugal, — ou de la part de la femme d'y retourner; lors même que, dans le premier cas, la femme l'aurait d'abord volontairement quitté, ou que, dans le second cas, le mari lui-même aurait d'abord expulsé sa femme, si d'ailleurs l'époux envers lequel les premiers torts ont été commis, ne demande pas la séparation, et si l'autre offre de les réparer (*supra*, n° 102; Angers, 8 avril 1829, Montaran, Sirey, 1829, II, 137; *voy.* toutefois Caen, 1re chambre, 23 janv. 1841, Roberge, et tribunal civil de la Seine, 6 janv. 1847, L..., *Journ. le Droit* du 7 janv. 1847; Vazeille, t. II, n° 547; Duranton, t. II, n° 555; Zachariæ, t. III, 354; Massol, p. 47, n° 7).

389. — 3° Pothier a écrit que « le mal vénérien, quoiqu'il y ait de forts soupçons que le mari se l'est attiré par ses débauches, ne peut pas servir de fondement à une demande en séparation; ce mal n'étant plus aujourd'hui incurable.... » (N° 514; ajout. Augeard, t. I, p. 154.)

Mais ce sera là, comme toujours, une question de fait. Je ne voudrais donc pas dire non plus que la commu-

nication d'une honteuse maladie par l'un des époux à l'autre sera nécessairement une cause de séparation. La justice appréciera : si c'est un mal antérieur au mariage et qui n'était pas bien guéri... ; si ce mal étant même postérieur au mariage, l'époux ignorait en être atteint lorsqu'il l'a communiqué à son époux... ; si c'est la première fois ou s'il y a au contraire récidive, etc.

Il est bien clair d'ailleurs que de la part de la femme, il sera presque impossible de n'y pas voir une preuve d'adultère et un sanglant outrage au mari. (Besançon, 1er fév. 1806, Lami, Sirey, 1806, II, 402; Cass., 16 fév. 1808, L... C. L..., Sirey, 1808, I, 179; Lyon, 4 avril 1818, V... C. V..., Sirey, 1819, II, 131 ; Toulouse, 30 janv. 1821, R... C. R..., Sirey, 1831, II, 344; Bordeaux, 6 juin 1839, D... C. D..., Dev., 1839; II, 391 ; Merlin; *Rép.* v° *Sépar. de corps*, § 1, n° 9 ; Toullier, t. II, n° 757; Vazeille, t. II, n° 552; D., *Rec. alph.*, t. XI, p. 838; Massol, p. 48, n° 8).

390. — 4° Y aurait-il une cause suffisante de séparation de corps dans le refus de la part de l'un de deux époux catholiques, ou professant même tout autre culte, de procéder à la célébration religieuse du mariage ?

Ce serait aller beaucoup trop loin, suivant moi, que d'y voir, comme on l'a proposé, une cause de nullité du mariage (Bressolles, *Rev. de Législ.*, t. II, de 1846, p. 119; Marcadé, art. 180, n° 5, et *Revue de Législat.*, t. II de 1846, p. 342; voy. aussi les *Réflexions sur le mariage civil et le mariage religieux en France et en Italie*, par M. Sauzet).

Sans doute, l'erreur sur certaines qualités de la personne peut constituer cette erreur *dans la personne* elle-même, qui, d'après l'article 180, rend le mariage annulable ; telle est la thèse que j'ai moi-même essayé de soutenir (*voy.* le tome II de ce traité, nos 251 et suiv.).

Mais encore faut-il que l'erreur ait porté sur des qualités qui affectent la personne elle-même, considérée dans son individualité, dans sa personnalité, je dirais presque extérieure; comme serait par exemple l'état de condamné à une peine infamante.

En est-il ainsi du refus que fait un époux de procéder à la célébration religieuse? Je vois bien là une injure très-grave, et des croyances religieuses profondément perverties! Mais ne serait-ce pas dépasser toute mesure que de trouver une erreur sur la *personne* dans la différence des opinions des époux, de leurs opinions, quelles qu'elles soient, philosophiques, morales, politiques ou même religieuses? Y a-t-il rien là qui se rattache à leur personne, à leur individualité juridiquement appréciable?

Mais je comprends bien qu'on puisse y voir, suivant les circonstances, une cause légitime de séparation de corps.

En vain on objecterait « qu'il ne peut y avoir d'injure sans intention de la part de celui qui la commet; qu'il y a une autre manière de voir, et voilà tout. » (*Même Revue*, 1846; article de M. Thieriet, t. III, p. 161, et 1847, t IV, p. 370).

Je crois, au contraire, que *l'époux félon* blesse profondément son conjoint *en violant sa promesse expresse ou tacite*. Je cite les paroles mêmes de mon honorable collègue de la Faculté de Strasbourg; et je conclus que lorsqu'en effet la célébration religieuse a été promise, soit expressément, soit même tacitement, et que l'autre époux a dû y compter (ce qui sera une question de fait), le refus de son conjoint est envers lui un manque de foi qui peut constituer une injure grave, puisque ce conjoint veut le forcer à vivre dans un état qui, à ses yeux, ne serait qu'un concubinage! (comp. Montpellier, 4 mai 1847, Roques, Dev., 1847, II, 418; An-

gers, 29 janv. 1859, L..., Dev., 1859, II, 77 et D. 1860, 2-96; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 12 et 154; Coin-Delisle, *Revue critique de jurisprudence*, 1853, p. 175 et suiv.; Charles Ballot, *Revue pratique de Droit français*, 1859, t. VIII, p. 192-194).

Je n'en dirais pas toutefois autant du changement de religion par l'un des époux. C'est là un acte qui est moins relatif à l'autre époux, qui ne suppose pas la violation d'une promesse, qui est enfin l'exercice d'un droit aujourd'hui reconnu par nos lois, et qui, s'il peut contrister le conjoint, ne saurait être en général considéré comme un outrage envers lui (comp. Trèves, 1845, Dev., 1847, II, 420 à la note; Montpellier, 4 mai 1847, Roques, Dev., 1847, II, 418; Pothier, n° 513; Duranton, t. II, n° 532; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 154; Locré, *Législ. civ.*, t. V, p. 256).

Le refus du père de faire baptiser ses enfants ne me paraîtrait pas non plus, à lui seul, une injure grave envers l'autre époux. C'est un abus, sans doute, et des plus déplorables, de l'autorité paternelle; mais il serait difficile de trouver, dans ce seul fait, un outrage envers l'autre époux, sauf à ajouter ce grief aux autres causes pour lesquelles la séparation serait demandée.

La même observation s'applique au cas où la femme reprocherait à son mari de l'empêcher de remplir ses devoirs religieux.... Les tribunaux apprécieront.

391. — 5° On a enseigné que la demande en nullité du mariage formée par l'un des époux contre l'autre, ne constitue point une injure grave (Merlin, *Rép.*, t. XII, v° *Sépar. de corps;* Duranton, t. II, n° 557).

Je le pense ainsi, en ce sens que cette demande par elle-même et par elle seule, ne doit pas être présentée

comme une cause de séparation ; mais il faut ajouter pourtant que la question dépendra encore beaucoup des circonstances, de la cause surtout pour laquelle la nullité du mariage aura été demandée, et des moyens qu'on aura mis en œuvre pour la faire réussir.

392. — 6° Paul a épousé Sophie. Après la célébration du mariage, il reconnaît qu'elle est enceinte et désavoue l'enfant (art. 314).

Ou encore, l'un des époux découvre que l'autre a été frappé, avant le mariage, d'une condamnation à une peine infamante.

La séparation de corps peut-elle être demandée?

M. Duranton a répondu : non, dans le premier cas; — oui, dans le second (t. II, comp. n°s 541 et 562).

Ces deux solutions sont-elles bien conciliables?

On a dit pour le premier cas : la loi admet la séparation pour cause d'*adultère* (art. 229); or, le désaveu est lui-même la preuve que l'enfant n'a pas été conçu par la femme pendant le mariage; donc, il n'y a pas eu adultère; donc, le mari n'est pas fondé à demander la séparation.

Mais si ce raisonnement est concluant pour la première solution, je demande comment vous allez défendre la seconde?

Voici, en effet, à mon tour, comment je raisonne :

La loi admet la séparation lorsque *l'un des époux* a été condamné à une peine infamante (art. 232); or, dans notre espèce, *l'un des époux* n'a pas été condamné, puisque cette condamnation est antérieure au mariage; donc, il n'y a pas lieu à la séparation.

Ce raisonnement, on n'a pas manqué de le faire; et tel est même le motif principal des auteurs qui enseignent qu'une condamnation antérieure au mariage, même ignorée et dissimulée, ne saurait être une cause de séparation (Proudhon, t. I, p. 491 ; Toullier,

t. II, n° 673; Favard, *Rép.*, v° *Sépar. entre époux*, sect. II, § 1, n° 5; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 156; Massé et Vergé, t. I, p. 250; Marcadé, art. 386, n° 4).

Pour moi, je conviens qu'il n'est pas plus possible d'invoquer l'article 232 que l'article 229. Il n'y a pas eu adultère dans le premier cas; il n'y a pas eu condamnation de *l'un des époux* à une peine infamante, dans le second cas. Donc les articles 229 et 232 sont également inapplicables; et il n'y aura ici, ni dans l'un ni dans l'autre cas, de cause *nécessaire* de séparation.

Mais je pense que les magistrats pourront y voir une *injure grave*, aux termes de l'article 230 (*voy.* aussi t. I, n° 253); et ce sentiment me paraît tout à la fois juridique et équitable : nos textes, encore une fois, n'ont pas défini ce qu'il faut entendre par *injures graves;* et la loi en a confié aux magistrats la souveraine appréciation.

On se récrie : un fait *antérieur au mariage* ne peut pas être une cause de séparation !

Je réponds que l'injure est alors contemporaine du mariage; qu'elle s'est consommée avec la célébration; qu'elle s'est encore prolongée depuis. L'injure, oh! sans doute, elle n'est pas dans le commerce que cette femme, libre alors, a eu avec un autre homme avant son mariage; elle n'est pas non plus dans la condamnation infamante! L'injure est dans votre réticence, dans votre coupable et odieuse dissimulation, au moment même de la célébration du mariage; donc, elle est concomitante à la célébration même de ce mariage. Quoi! vous reconnaissez, et il le faut bien, sans doute! que ce mari *a été trompé, qu'il l'a été cruellement!* (Duranton, *loc. supra*) et vous ne voulez pas, vous ne voulez jamais l'entendre, lorsqu'il demande

qu'on le sépare de cette femme qui a compromis et perdu tout son avenir! Mais pourquoi donc alors consentez-vous à séparer l'époux qui découvre la condamnation infamante qui a frappé son conjoint avant le mariage? Je ne vois, pour mon compte, aucun motif de différence; et je pense dans les deux cas qu'il appartiendra aux juges d'apprécier la position des époux, la moralité surtout de celui qui demandera la séparation, et toutes les autres circonstances. Et si les juges en effet reconnaissent que cet époux a été victime d'une déception cruelle, et que la vie commune lui serait désormais insupportable, ils pourront, aux termes de l'article 230, prononcer à son profit la séparation.

En vain on dirait, pour ce qui concerne la condamnation à une peine infamante, que « la loi n'a pas dû supposer qu'une condamnation antérieure au mariage resterait ignorée..., et que d'ailleurs la distinction entre le cas où le conjoint du condamné ignorait l'état de ce dernier et celui où il le connaissait, peut être équitable, mais qu'elle est complétement arbitraire.... » (Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 156).

Il me paraît certain qu'en fait, une condamnation criminelle peut être ignorée, à ce point que la loi elle-même, nous l'avons vu, excuse cette ignorance (t. I, n° 356); et notre distinction d'ailleurs n'a rien d'arbitraire dès le moment où nous ne voyons dans ces hypothèses qu'une question d'*injure grave*, c'est-à-dire une pure question de fait (Delvincourt, t. I, p. 78, note 7; D., *Rec. alph.*, t. XI, v° *Séparat. de corps*, p. 891, n° 10; Massol, p. 49, n° 9, et p. 53, n° 5; Demante, t. II, n° 7 *bis*, VII).

393. — L'injure peut être commise par écrit.

A cet égard, et particulièrement en ce qui concerne

les lettres missives, quelques observations sont nécessaires.

Il y a ici deux questions qu'il ne faut pas confondre :

A. Une injure grave peut-elle se trouver dans une lettre adressée par l'un des conjoints à son conjoint ou à un tiers ?

B. La production en justice de cette lettre, comme moyen de preuve, est-elle toujours possible ?

A. Sur le premier point, l'affirmative me paraît certaine. La loi n'exige pas en effet que l'injure ait été publique, ni qu'elle ait été adressée directement à l'époux offensé. L'un des conjoints a-t-il, par un outrage quelconque, inspiré à l'autre un profond et légitime sentiment d'aversion ? La vie commune enfin est-elle encore pour lui supportable ? voilà toute la question. Or, un tel outrage peut assurément être commis dans des lettres adressées par l'un des conjoints soit à son conjoint, soit à des tiers. Il y aura toujours lieu d'examiner sans doute l'intention et le but de l'époux qui en sera l'auteur. On pourra ne pas trouver le caractère d'injure grave, dans les termes même très-sévères, par lesquels l'un des époux exprimerait à l'autre ses plaintes et ses reproches (Bourges, 4 janvier 1825, Charlot, D., 1825, II, 139); ou dans ses épanchements avec un tiers, si par exemple le mari demandait à son beau-père lui-même son intervention auprès de la femme (Aix, 17 déc. 1834, E... C. E..., Dev., 1835, II, 172). Tout dépendra, je le répète, des circonstances, des termes plus ou moins contumélieux de la lettre, surtout de l'intention qui les aura dictés. Mais si en effet ces termes renferment de graves injures, des imputations odieuses et déshonorantes ; si cette intention est elle-même malveillante et perfide, l'époux, certes, doit se sentir profondément outragé. Peu importe par quelle arme, la blessure n'en est pas

moins faite! (Poitiers, 29 juillet 1806, Bouhier, Sirey, 1806, II, 291; Cass., 9 novembre 1830, Montal, D., 1830, I, 398.)

Une seule lettre suffirait-elle, ou au contraire en faudrait-il plusieurs, comme on a paru l'enseigner? (Massol, p. 41, n° 5.)

Des lettres confidentielles pourraient-elles être considérées comme outrageantes, ou au contraire leur caractère même n'est-il pas exclusif de l'intention d'injurier, et par conséquent de l'injure elle-même?

Ce sont là des questions de fait, sur lesquelles je ne veux point d'avance m'engager. La pluralité des lettres aggravera certainement l'outrage; mais, tout en reconnaissant qu'il ne conviendrait pas d'attacher trop d'importance à une lettre unique, écrite surtout par l'un des conjoints à l'autre, et qui pourrait même être concertée, il ne me paraîtrait pas non plus impossible qu'une seule lettre suffît pour porter la désolation et la haine dans le cœur de l'époux.

J'en dis autant des lettres confidentielles. La recommandation tacite ou expresse du secret sera, j'en conviens aussi, une circonstance atténuante; mais je nie que ce secret soit nécessairement exclusif de l'injure; et quand finalement l'un des époux apprend que son conjoint a exprimé pour lui-même en confidence, par écrit ou verbalement, à une et surtout à plusieurs personnes, qu'il a, dis-je, exprimé un mépris profond, qu'il lui a impute les choses les plus infâmes, le mal est fait, je le répète. Les dispositions de son époux lui sont connues, et la vie commune peut lui être, dès lors, très-justement intolérable (Nîmes, 30 avril 1834, Galeron, Dev., 1834, II, 351).

394. — B. Vient alors notre seconde question, laquelle se subdivise elle-même en deux branches :

1° L'époux demandeur en séparation, qui a les let-

tres en sa possession, peut-il les produire, de quelque manière qu'elles soient arrivées dans ses mains, soit par accident fortuit, soit par la remise que le tiers, auquel elles ont été adressées, lui en aurait volontairement faite, soit même par fraude et par soustraction?

2° S'il ne les possède pas, peut-il assigner le tiers et demander qu'il soit tenu de les produire, ou du moins, qu'il soit interrogé sur la teneur des lettres par lui reçues?

Faut-il, dans le premier cas, admettre comme preuve les lettres produites, ou, au contraire, les écarter du procès? — Faut-il, dans le second cas, obliger le tiers à communiquer ses lettres, ou déclarer son refus légitime?

La difficulté, bien entendu, n'existe même pas, quand il s'agit de lettres adressées par l'un des conjoints à l'autre. L'époux, qui les a reçues, peut certainement les produire. On n'a jamais objecté le secret des lettres au destinataire lui-même, en pareil cas (Merlin, *Rép.*, t. VI, v° *Injure*, § 4, n° 8).

Il ne peut être ici question que des lettres adressées à un tiers par l'époux défendeur.

Il est d'abord une opinion, qui paraît enseigner que toute lettre missive est, par son caractère même, confidentielle et, pour ainsi dire, essentiellement *incommunicable;* elle ne permet pas, en conséquence, qu'aucun autre que celui qui l'a reçue, puisse s'en faire un moyen de preuve contre celui qui l'a écrite (Cass., 4 juin 1821, Vincent, Sirey, 1822, I, 33; Limoges, 17 juin 1824, Toty, Sirey, 1826, II, 177).

Une seconde opinion, distinguant entre les lettres confidentielles et celles qui n'ont point ce caractère, n'applique qu'aux premières la théorie qui précède. Sur quel motif, en effet, cette théorie repose-t-elle? sur ce que la communication d'une lettre à un autre

qu'au destinataire lui-même, serait un abus de confiance et une sorte de trahison; or, ce motif ne s'applique qu'aux lettres dont l'auteur a dû croire que le secret serait gardé. Mais pour celles-là, du moins, le secret doit être effectivement inviolable.... « Attendu que le secret des lettres est un principe que la justice ne peut méconnaître, parce qu'il dérive de la nature des choses, qui ne permet pas qu'une confidence privée devienne l'objet d'une explication publique....» (Cass., 12 juin 1823, Caron, Sirey, 1823, I, 394; Aix, 17 déc. 1834, E... C. E..., Dev., 1835, II, 172; ajout. Caen, 7 août 1845, Lucas-Desaulnais, *Rec. de Caen*, t. IX, p. 667; Merlin, *Rép.*, t. VII et XVI, v° *Lettre*, n° 6; D., *Rec. alph.*, t. II, v° *Sép. de corps*, chap. I, sect. I, n° 9; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 158; Arm. Dalloz, *Dict.*, *supplém.*, v° *Sép. de corps*, n° 35.)

Ces opinions se recommandent sans doute par un profond sentiment d'honnêteté; et pourtant elles ne me paraissent pas juridiques :

Aucun texte ne s'oppose, en effet, à la production en justice d'une lettre missive, même par un autre que celui auquel elle a été adressée. Il est bien clair que la loi des 10-24 août 1790 et les autres, qui assurent l'inviolabilité du secret des lettres, ne concernent que les lettres confiées à l'Administration des postes et à ses agents, et qui n'ont pas encore été remises au destinataire. Aucune loi donc, je le répète, ne saurait être invoquée pour écarter ce genre de preuve. Aussi, loin de considérer l'article 456 du Code d'instruction criminelle comme une exception fondée sur un intérêt public, je pense qu'il faut y voir, au contraire, une application du droit commun. — On se récrie : cette lettre, adressée à un tiers, n'a pu être communiquée que par un abus de confiance, que la justice ne sau-

rait tolérer ! — D'abord, si c'est le hasard qui a fait tomber cette lettre entre mes mains, cette objection n'est pas possible. Mais, je le suppose, le tiers a trahi votre confiance, ou bien c'est moi qui lui ai soustrait sa lettre. Qu'en conclure ? qu'il y aura eu, de sa part ou de la mienne, indélicatesse et déloyauté; d'accord ! mais, encore une fois, où est le texte qui, pour cette cause, autorise les juges à repousser la preuve, vous entendez ! cette preuve, que je mets là sous leurs yeux! eh! mon Dieu, est-ce que l'ami auquel, de vive voix, vous auriez dit en confidence ce que vous avez écrit, est-ce que cet ami n'aurait pas pu venir me le raconter ? et apparemment vous n'auriez pas pu le reprocher ensuite comme témoin, parce qu'il aurait trompé votre confiance. Eh bien donc, où est, je vous prie, la différence ? Je me trompe : il y en a une, en effet; c'est que vous avez écrit au lieu de parler, c'est-à-dire que l'injure a été nécessairement plus froide et plus réfléchie, et qu'elle est aussi plus grave, parce que les paroles s'envolent tandis que les écrits restent ou peuvent rester. — J'ai obtenu la lettre par ruse ! — mais n'aurais-je pas pu écouter aux portes, et surprendre ainsi le secret de votre haine ou de votre mépris pour moi ? Mais, en vérité, le mari qui intercepte les honteuses correspondances de sa femme, n'est-il pas même dans son droit ? Mais enfin, est-ce que, dans tous les cas, je n'aurais pas pu exiger, en justice, de ce tiers, à qui vous avez écrit, la production de sa lettre? C'est la seconde branche de notre dernière question; mais au point où j'en suis venu, la solution m'en paraît maintenant bien avancée et bien facile.

Oui sans doute, j'ai le droit de demander la production d'un écrit privé à un tiers, dès que je pourrais faire interroger ce tiers comme témoin. Le secret qu'il aurait promis à une confidence, ne le dispenserait pas

de l'obligation d'obéir à la justice, si d'ailleurs il n'avait pas reçu cette confidence à un titre et en vertu d'une profession ou d'une qualité qui l'obligerait de la garder; et encore sait-on tout ce qu'il y a de difficile et de délicat sur ce dernier point. Écoutez les lois romaines : « Illi codices vel instrumenta proferre co-« guntur, qui et testimonium adversus aliquem proferre « coguntur.... » (L. 22, *Cod. de Fide instrum.*)

Écoutez nos anciens auteurs : « L'une des parties plaidantes peut contraindre un tiers, contre lequel elle ne plaide point, à lui exhiber et communiquer les pièces qu'il a, et dont elle veut se servir contre sa partie, pourvu que lesdites pièces ne puissent aucunement préjudicier à celui qui les a; car, comme on peut contraindre quelqu'un à porter témoignage de ce qu'il sait, pareillement on peut contraindre quelqu'un à exhiber et communiquer des pièces pour s'en servir contre un tiers.... » (Despeisses, t. II, p. 530, n° 6; ajout. Merlin, *Rép.*, t. XI, v° *Représentation d'actes*, n° 11, et t. XVI, v° *Lettre*, n° 7.)

Je conclus donc :

1° Que toute lettre, même confidentielle, adressée à un tiers par l'époux défendeur, peut être produite par l'époux demandeur, de quelque manière d'ailleurs qu'il en ait obtenu la possession;

2° Qu'il peut, s'il ne la possède pas, en exiger la production du tiers, où le faire interroger comme témoin sur le contenu de la lettre qui ne serait pas produite (comp. Cass., 31 mai 1842, Smith, D., 1842, I, 329; Massol, p. 42, n° 6; Paris, 22 févr. 1860, G..., *J. du P.*, 1860, p. 440).

395. — 3° La troisième et dernière cause de séparation de corps est, pour l'un des époux, la condamnation de l'autre à une peine infamante (art. 232, 306).

On peut dire, en effet, que l'époux qui se rend cou-

pable d'un fait que la loi atteint d'une telle peine, viole non pas seulement tous ses devoirs de religion et de morale, mais aussi ses devoirs envers son conjoint. La solidarité de considération et d'honneur qui les unit, ne peut être méconnue par l'un sans blesser très-justement l'autre; et il était impossible de forcer le conjoint probe à vivre encore dans la société de son conjoint déshonoré.

396. — La *condamnation*.... dit notre texte. De là deux conséquences :

1° Il faut qu'il y ait eu condamnation à une peine infamante. En vain le ministère public y aurait conclu dans son accusation, si la peine n'est pas ensuite prononcée, fût-ce même par suite de la simple admission de circonstances atténuantes (Paris, 16 juill. 1839, Vincent, D., 1839, II, 245).

2° Il suffit qu'il y ait eu condamnation. L'expiration de la peine subie, ou la commutation, ou même la grâce entière accordée par l'Empereur, n'enlèveraient pas à l'autre époux le droit de demander la séparation. L'infamie, en effet, n'est effacée par aucune de ces causes tant que le condamné n'est pas réhabilité (comp. Paris, 19 août 1847, Gastal, Dev., 1847, II, 524).

Mais la réhabilitation qui l'efface détruirait par cela même la cause de séparation (art. 619 inst. crim.; *voy.* notre t. I, n 255; Duranton, t. II, n° 559; Vazeille, t. II, n°s 538-559; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 157; Massé et Vergé, t. I, p. 151; Massol, p. 53, n°s 3, 4; *infra*, n° 538).

397. — La condamnation ne doit plus être susceptible d'être réformée par une voie légale (art. 332, 261, 306; ajout. 373, 374 inst. crim.).

Il faudrait donc, si elle n'avait pas été contradictoire, que le délai de vingt ans accordé au condamné pour se représenter, fût expiré (art. 635-641 Cod. d'inst. crim.;

Cass., 17 juin 1813, Quéré, Sirey, 1813, I, 293; Paris, 6 août 1840, Gibier, D., 1841, II, 48; Toullier, t. II, n° 673; Vazeille, t. II, n° 554; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 407; Demante, t. II, n° 7 *bis* V; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 140).

Mais la révision est une voie trop extraordinaire pour que la seule possibilité légale de ce recours soit considérée comme un motif de suspension (art. 374, 443, 447 inst. crim.; Vazeille, t. II, n° 556; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 156; Massé et Vergé, t. I, p. 251).

398. — Peu importe, d'ailleurs, que la peine soit tout à la fois afflictive et infamante, ou seulement infamante (art. 6-8 C. pén.).

Mais il faut avouer que nulle part peut-être la classification légale des peines ne produit des résultats plus extraordinaires. Ainsi, par exemple, les articles 8 et 9 du Code pénal nous disent que la dégradation civique est une peine *infamante*, tandis que l'emprisonnement n'est qu'une peine *correctionnelle*. Écoutez maintenant les conséquences : si un misérable est condamné pour vol à cinq années d'emprisonnement, sa femme ne pourra pas demander la séparation de corps (art. 401). Elle le pourra, au contraire, si son mari est un juge qui a encouru la dégradation civique pour s'être immiscé, par un règlement quelconque, dans l'exercice du pouvoir législatif! (Art. 127 C. pén.; comp. Boitard, *Droit criminel*, p. 81-83; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 407.)

399. — Notez, enfin, que la peine, avant la loi du 31 mai 1854, ne devait être que temporaire. Nous savons que les peines perpétuelles emportaient la mort civile, et par suite la dissolution même du mariage (t. I, n°s 206-230-232).

M. Duranton, qui pensait que, dans le cas de con-

damnation par contumace, le mariage n'était dissous qu'après l'expiration des vingt ans depuis la date de l'arrêt, enseignait que le conjoint de l'époux condamné pouvait néanmoins, à partir des cinq ans depuis l'exécution par effigie, demander la séparation de corps. — Cette solution n'était-elle pas encore un argument de plus contre la doctrine du savant auteur, qui refusait de mettre la dissolution du mariage au nombre de tous les effets produits par la mort civile à l'expiration des cinq ans? J'avoue qu'il m'était difficile de comprendre une demande en séparation de corps dirigée contre *un mort civilement!* Mais il y a plus; il me semble que cette doctrine, étant une fois admise, on aurait dû refuser à l'époux du condamné le droit de demander la séparation avant l'expiration des vingt ans : 1° parce que la condamnation jusque-là était toujours susceptible d'être réformée par une voie légale (art. 232-261); 2° parce que le contumax étant en fuite et toujours éloigné, la séparation existait déjà en fait, et qu'il n'était pas dès lors urgent de la prononcer judiciairement.

400. — Les trois causes, que nous venons d'expliquer, sont les seules qui puissent autoriser la séparation de corps. Les magistrats ne sauraient aujourd'hui en admettre d'autres.

La loi elle-même a eu particulièrement le soin de déclarer que la séparation de corps ne pourra avoir lieu par le consentement mutuel des époux (art. 307). Il en était autrement du divorce (art. 233), non pas sans doute qu'il fût permis aux époux de divorcer de gré à gré et pour ainsi dire à l'amiable. Tout traité de ce genre, tout arrangement volontaire était nul autrefois en matière de divorce, comme il le serait aujourd'hui en matière de séparation. Il est trop évident que les époux eux-mêmes ne peuvent ni détruire ni modifier ainsi les obligations du mariage (art. 6; Caen,

14 novembre 1825, Lebourgeois, D., 1830, II, 76; *voy.* notre t. I, n° 17). Mais *le consentement mutuel et persévérant des époux* avait été soumis, par le législateur, à de telles conditions, qu'il était après cela considéré comme la preuve *d'une cause péremptoire de divorce*, que les époux seulement voulaient tenir secrète.

Pourquoi la séparation de corps ne peut-elle avoir lieu au contraire que pour cause déterminée? (Art. 306). Ce n'est pas précisément qu'il fût impossible de la soumettre aussi à certaines conditions, pour *éprouver* les époux (comp. Toullier, t. I, n° 758 ; Duranton, t. II, n° 530; Demante, *Programme*, t. I, n° 268). La vérité est que ce mode de séparation de corps ne pouvait être qu'inutile ou frauduleux : inutile, parce que si les époux sont vraiment d'accord pour trouver l'existence commune insupportable, ils n'ont pas besoin de jugement pour la faire cesser; — frauduleux, parce que la séparation de corps emportant toujours la séparation de biens, aurait pu offrir ainsi aux époux le moyen facile de tromper leurs créanciers (articles 311, 1443). Ajoutez enfin que la faculté, et peut-être même l'espoir de se réunir plus tard, que les époux auraient toujours conservé, auraient multiplié scandaleusement ces sortes de séparations volontaires.

401. — Ni les revers de fortune, ni les infirmités physiques ou morales, la démence, la fureur même, ni les maladies les plus contagieuses ou les plus repoussantes, fût-ce même, dit Pothier, *un cancer au visage* (n° 514), aucun malheur enfin, aucune infortune de l'époux ne saurait être pour l'autre époux une cause de séparation (*supra*, n° 85).

J'en dirai autant de *l'absence*, c'est-à-dire de la disparition sans nouvelles, s'il n'était pas prouvé qu'elle constitue un abandon coupable et volontaire de l'un des époux par l'autre (*supra*, n° 102; Massol, p. 50,

n° 7). La loi du 20 septembre 1792, faisait, il est vrai, de l'absence prolongée pendant cinq ans, une cause de divorce (§ 1 art. 4); mais cette même loi n'autorisait-elle pas aussi le divorce pour cause de démence de l'un des époux? N'allons pas chercher là nos exemples!

SECTION II.

LA DEMANDE EN SÉPARATION DE CORPS PEUT-ELLE ÊTRE REPOUSSÉE PAR DES FINS DE NON-RECEVOIR?

SOMMAIRE.

402. — Les articles 272-274, qui décidaient que l'action en divorce serait éteinte par la réconciliation des époux, sont applicables à l'action en séparation de corps.
403. — Division.
404. — 1° Dans quels cas la demande en séparation de corps peut-elle être repoussée par une fin de non-recevoir? — *Quid*, si elle est fondée sur la condamnation de l'un des époux à une peine infamante?
405. — Il faut que les causes de séparation aient été connues de l'époux demandeur, à l'époque où ont lieu les faits desquels on induit sa renonciation.
406. — Mais dès qu'il y a eu renonciation, la fin de non-recevoir est acquise à l'époux défendeur.
407. — Peu importe que les faits de réconciliation soient antérieurs ou postérieurs à la demande.
408. — Le réconciliation (ou renonciation) est expresse ou tacite.
409. — Y a-t-il un délai quelconque dans lequel la demande en séparation de corps doive être formée, depuis l'époque où se sont passés les faits qui pourraient y donner lieu?
410. — *Quid*, si depuis ces faits, les époux ont continué à demeurer ensemble?
411. — *Quid*, si, depuis ces faits, la femme est devenue grosse?
412. — *Quid*, si la femme rentre dans la maison conjugale, qu'elle avait d'abord quittée?
413. — Suite.
414. — La disposition finale de l'article 269 est-elle applicable à la femme demanderesse en séparation de corps?
415. — La demande en séparation de corps pourrait-elle être repoussée par une fin de non-recevoir tirée de ce que l'époux demandeur serait lui-même coupable de faits pareils à ceux qu'il reproche à son

conjoint, ou même de faits d'une nature différente, mais qui formeraient également contre lui une cause de séparation? — *Quid*, si le mari avait lui-même prostitué sa femme?

416. — La séparation de corps peut-elle être demandée et prononcée à la fois contre chacun des époux?

417. — Le mari, qui a fait d'abord condamner correctionnellement sa femme pour cause d'adultère, est-il ensuite recevable à demander la séparation de corps? — *Quid*, s'il s'était désisté de sa plainte?

418. — La demande en séparation de biens d'abord formée par la femme, ne l'empêche pas de former ensuite une demande en séparation de corps.

419. — 2° C'est à l'époux, qui oppose l'exception de réconciliation, à en établir la preuve.

420. — Comment cette preuve peut-elle être faite? — *Quid*, de l'aveu? — *Quid*, du serment décisoire ou supplétoire?

421. — La preuve des faits de réconciliation peut-elle être proposée pour la première fois en appel?

422. — 3° La réconciliation éteint la cause de la séparation de corps. — Mais l'époux, qui avait d'abord pardonné, peut fonder une demande en séparation sur de nouveaux faits, et alors faire usage même des faits anciens.

423. — Il n'est pas nécessaire que les faits nouveaux soient assez graves pour faire prononcer par eux-mêmes la séparation.

424. — Peu importe que les faits nouveaux soient de même ou de différente nature que les faits anciens.

425. — Les faits anciens pourraient être produits dans une nouvelle instance, lors même que dans une instance antérieure, ils n'auraient pas été produits ou qu'ils auraient été rejetés.

402. — Les articles 272-274 décidaient que l'action en divorce serait éteinte par la réconciliation des époux. Quoique aucun texte n'ait appliqué en termes exprès cette fin de non-recevoir à la demande en séparation de corps, il n'en est pas moins certain qu'elle s'y applique :

1° Aux termes de l'article 306, la séparation ne peut avoir lieu que pour les mêmes causes (déterminées) que le divorce; or, les causes du divorce s'éteignaient par la réconciliation des époux; donc, il en doit être ainsi des causes de la séparation. Les articles 272-274 modifient, sous ce rapport, les articles

229-232; et l'article 306, qui nous renvoie à ceux-ci, nous renvoie par cela même à ceux-là, qui en sont inséparables.

2° Ces articles d'ailleurs (272-274) ne font que consacrer des principes de raison et de morale, que notre ancienne jurisprudence avait aussi proclamés (Pothier, nos 520, 521) : c'est, d'une part, que les causes de séparation sont surtout introduites en faveur des époux; or, il est permis à chacun de renoncer à un droit ouvert dans son intérêt; c'est, d'autre part, que ces causes résultent en général d'une offense de l'un des conjoints envers l'autre; or, toute offense doit s'éteindre par le pardon de l'offensé.

Aussi l'application des articles 272-274 à la demande en séparation, se fait-elle depuis longtemps sans aucune controverse (Paris, 28 janv. 1822, T..., Sirey, 1824, II, 93; Merlin, *Rép.*, t. XII, § 2, n° 1; Toullier, t. II, n° 761; Proudhon et Valette, t. I, p. 532; Duranton, t. II, nos 563, 564; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 1, p. 251; Aubry et Rau, t. IV, p. 161; Massol, p. 60, n° 1).

403. — Il ne s'agit donc que de rechercher :

1° Dans quels cas la demande en séparation de corps peut-être repoussée par une fin de non-recevoir;

2° De quelle manière peuvent être prouvés les faits, d'où résulterait la fin de non-recevoir;

3° Quel est l'effet de la fin de non-recevoir une fois reconnue.

404. — 1° Le texte de nos trois articles ne mentionne que la *réconciliation;* ce qui suppose des torts commis par l'un envers l'autre et pardonnés.

D'où l'on a conclu que cette fin de non-recevoir n'était pas proposable contre la demande en séparation de corps fondée sur la condamnation de l'un des époux

à une peine infamante : il n'y a d'ailleurs, dit-on, dans ce dernier cas, aucunes formalités (art. 261), et c'est là *une des conséquences légales* de la condamnation (Rouen, 8 fév. 1841, Guérard, D., 1841, II, 192; Locré sur l'article 272; Delvincourt, t. I, p. 79, n° 10).

C'est là s'attacher beaucoup trop, selon moi, à la lettre même de la loi. Pourquoi la loi voit-elle dans la réconciliation une fin de non-recevoir? parce que cette réconciliation emporte la renonciation de l'époux au droit qu'il aurait eu d'obtenir la séparation; or, l'époux peut assurément renoncer à ce droit dans d'autres cas encore; donc, il serait illogique et même immoral que sa renonciation, quoique d'ailleurs très-certaine, ne produisît pas alors la même fin de non-recevoir. Nous verrons bientôt si l'article 261 est applicable à la demande en séparation de corps (*infra*, n° 435); mais en tout cas, il ne saurait exclure le droit qui appartient à l'autre époux d'intervenir pour proposer ses fins de non-recevoir, pour soutenir par exemple (*infra*, n° 415), que son conjoint a été frappé, comme lui-même, d'une condamnation à une peine infamante.

Concluons donc que l'époux du condamné ne pourrait plus demander la séparation de corps, s'il était reconnu, en fait, qu'il y a renoncé par toute sa conduite envers son conjoint; et il se peut très-bien qu'en cela il ait fait preuve de dévouement et de noblesse de cœur. On appréciera les circonstances (Duranton, t. II, n°s 572, 573; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 162; Massé et Vergé, t. I, p. 251; Massol, p. 68, n° 4).

405. — A quels signes, à quels faits doit-on reconnaître la réconciliation des époux ou plus généralement la renonciation de l'époux aujourd'hui demandeur? C'est là une question bien plus encore de *fait* que de *droit*.

Quelques règles pourtant peuvent être proposées.

Ainsi, avant tout, il faut que les causes de séparation aient été connues de l'époux demandeur, à l'époque où ont eu lieu les faits desquels on induit sa renonciation. Car cette renonciation n'a de valeur que par sa volonté; et il ne saurait avoir eu la volonté de renoncer à un droit dont il ignorait l'existence (arg. de l'article 1109; Limoges, 21 mai 1835, Bruyère, D., 1835, II, 167; Besançon, 20 fév. 1860, M..., Dev., 1860, II, 229; Zachariæ, t. III, p. 361; Massol, p. 67, n° 2).

406. — Mais, réciproquement, cette volonté, une fois manifestée, suffit pour engendrer immédiatement la fin de non-recevoir; et si les magistrats reconnaissent qu'il y a eu effectivement réconciliation ou renonciation, ils ne sauraient, sans violer l'article 272, repousser la fin de non-recevoir, par le motif que cette réconciliation n'aurait été que d'une durée très-courte (comp. Cass., 8 déc. 1832, Geiger, Dev., 1833, I, 528; et Cass., 15 juin 1836, d'Etruchat, D. 1836, I, 354; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 162; Massé et Vergé, t. I, p. 252).

407. — Peu importe aussi que les faits de réconciliation ou renonciation soient antérieurs ou postérieurs à la demande en séparation de corps (art. 272; Caen, 20 fév. 1844, Suriray, *Rec. de Caen*, t. VIII, p. 166; *infra*, n° 482).

408. — La réconciliation ou renonciation peut être, d'ailleurs, expresse ou tacite.

Dans quels cas l'époux aura-t-il tacitement renoncé au droit qu'il aurait eu de demander la séparation de corps contre son époux? C'est là une question souvent fort délicate, et qui dépend toujours principalement des circonstances particulières de chaque espèce.

Parcourons pourtant quelques hypothèses.

409. — Et d'abord, y a-t-il un délai quelconque dans lequel la demande en séparation de corps doive être formée, depuis l'époque où se sont passés les faits qui pourraient y donner lieu ?

Toullier enseigne que « si les mauvais traitements ou l'inconduite avaient entièrement cessé, et que le silence de l'époux offensé se fût prolongé pendant une année, il semble que les tribunaux devraient étendre à ce cas l'article 957. » (T. II, n° 762.)

Zachariæ pense que « l'exception résultant de la prescription trentenaire est, le cas échéant, proposable contre une demande en séparation de corps, uniquement basée sur des faits qui remonteraient à plus de trente ans. » (T. III, p. 363.)

Enfin M. Massol, après avoir combattu ces deux auteurs, professe néanmoins à son tour que « d'après les articles 637, 638 du Code d'instruction criminelle, l'action publique et civile provenant d'un délit de nature à être puni correctionnellement, se prescrit par trois années; qu'ainsi, un époux ne pourra se plaindre de l'adultère de son conjoint après que ce délai sera expiré, et que, par conséquent, il ne serait pas écouté s'il fondait sur ce moyen une demande en séparation de corps. » (P. 72, n° 8.)

Je n'admettrais, en ce qui me concerne, aucune de ces trois opinions. Nul texte, en effet, n'a établi de délai dans lequel la demande en séparation de corps devrait être formée; et il est d'autant moins permis de créer ici une sorte de prescription, qu'en principe la prescription ne court pas entre époux (article 2253). Cette demande peut donc toujours être formée, si anciens d'ailleurs que soient les faits sur lesquels elle serait fondée. En droit, les articles 957 et 2262 ne me paraissent pas ici applicables; il ne s'agit que de savoir, en fait, s'il y a eu ou s'il n'y a pas eu de réconci-

liation. La date reculée des faits et le long silence de l'époux, aujourd'hui demandeur, devront sans doute être pris en considération sérieuse; mais ce sera là toujours une question de réconciliation, c'est-à-dire un point de fait.

Je ne crois pas davantage, dans le cas particulier d'adultère, que le silence gardé pendant trois ans par l'époux offensé, doive le rendre ensuite nécessairement non recevable. Autre chose est le délit d'adultère et la poursuite correctionnelle dont il peut être l'objet après la plainte de l'autre époux; autre chose la demande en séparation de corps. Cette demande n'est certes point *l'action civile*, que les articles 637 et 638 du Code d'instruction criminelle soumettent à la même prescription que l'action publique, cette action civile qui a pour but *la réparation du dommage* (art. 2), *et qui peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique* (comp. Besançon, 20 févr. 1860, M..., *J. du P.*, 1860, p. 436; *voy.* Cass., 31 août 1855, B..., Dev., 1855, I, 753, le rapport de M. le conseiller Plougoulm).

Telle n'est pas la séparation de corps qui, bien entendu, ne pourrait pas jamais être demandée devant le tribunal correctionnel. Gardons-nous donc de confondre ces deux ordres de principes (*supra*, n° 382). Après trois ans de silence, le mari ne peut plus dénoncer l'adultère de sa femme afin d'appeler sur elle la peine correctionnelle ; voilà tout ce qui résulte de l'article 638 du Code d'instruction criminelle. Mais où est le texte qui le déclare déchu du droit de demander encore pour cette cause la séparation?

Objecterez-vous que, d'après l'article 308 du Code Napoléon, la femme contre laquelle la séparation de corps est prononcée pour cause d'adultère, devant être condamnée par le même jugement à la peine de

l'emprisonnement, il en résultera que si la séparation peut encore être demandée contre elle après l'expiration de trois ans depuis l'adultère, elle sera punie pour un délit couvert pourtant par la prescription? Mais il me semble que la peine, alors, ne pourrait plus être appliquée, même par le tribunal civil. Il faut concilier en effet cet article 308 du Code Napoléon avec l'article 638 du Code d'instruction criminelle; et il serait bien étrange que le tribunal civil, qui exerce en ce point, la juridiction correctionnelle, pût appliquer encore une peine que le tribunal correctionnel lui-même ne pourrait pas appliquer. Mais je n'en maintiens pas moins toujours pour l'autre époux le droit de demander sa séparation de corps : la loi en effet lui accorde ce droit pour cause d'adultère de son conjoint; or, aucun texte ne l'en déclare déchu après trois ans, s'il n'y a pas eu d'ailleurs, de sa part, réconciliation; et il est incontestable que l'expiration des trois ans n'en serait pas toujours la preuve; donc, il a conservé le droit de demander la séparation, s'il n'a pas en effet pardonné.

Supposez, par exemple, que les époux se sont séparés de fait; l'un d'eux a éte victime des excès ou des injures de l'autre, ou bien il a découvert qu'il était odieusement trompé. Pour éviter l'éclat et le scandale d'un procès, ils se sont quittés; ils ont même fait (et il y en a bien des exemples!) un arrangement, une espèce de traité pour le partage de leurs revenus.... Et vous croyez qu'au bout de trois ans ou de trente ans, l'époux coupable pourra signifier à l'autre qu'il entend reprendre la vie commune et que l'autre époux sera nécessairement déchu du droit de former une demande en séparation! mais pourquoi donc, et où voyez-vous la fin de non-recevoir? — dans un texte? il n'y en a pas; — dans l'arrangement amiable

des époux? étrange réconciliation, en vérité, que celle qui consiste à se séparer et à reconnaître que la vie commune est insupportable! (Caen, 3 déc. 1832, Leduc, D., 1834, II, 44.)

410. — Mais les époux ont continué à demeurer ensemble?—Quoique cette hypothèse soit plus délicate, je répondrai que ce sera là encore une question de fait, sur laquelle il faudra tenir compte de diverses circonstances : du temps plus ou moins long de cette cohabitation (et ce sera alors, j'en conviens, un élément important de décision); — de l'intimité plus ou moins grande qui y aura régné ; — de l'état et de la condition sociale des époux, suivant qu'ils pouvaient plus ou moins facilement demeurer dans le même appartement, partager le même lit, ou au contraire, se séparer; — du point de savoir lequel des deux sera demandeur, la femme étant, en général, plus dépendante et pouvant même être souvent retenue par la crainte, etc. Telles sont en effet les considérations qui déterminent d'ordinaire les magistrats; et par conséquent, nous pouvons dire que la cohabitation, par elle-même et par elle seule, n'est pas nécessairement une preuve de réconciliation.

411. — Il doit en être ainsi de la grossesse de la femme, qui ne serait qu'une suite de cette cohabitation; quoique pourtant ce soit là une des circonstances les plus favorables pour le succès de la fin de non-recevoir (comp. Bordeaux, 9 fructidor an XII, Laclotte, Sirey, 1804, II, 189; Besançon 1er févr. 1806, Lami, Sirey, 1806, II, 401; Paris, 16 avril 1807, Charpy, Sirey, 1807, II, 661; Cass., 25 mai 1808, Desmorandais, Sirey, 1808, I, 412; Grenoble, 23 août 1822, Laurent, D., *Rec. alph.*, t. II, p. 896; Cass., 15 juin 1836, d'Étruchat, D., 1836, I, 354; Bordeaux, 4 juill. 1843, D..., Dev., 1843, II, 573; Duranton,

t. II, nos 571-573; Vazeille, t. II, n° 576; Zachariæ, t. III, p. 361; Marcadé, art. 307, n° 3).

De même aussi du désistement que le mari aurait donné de la plainte en adultère, qu'il avait portée contre sa femme. (Comp. Rouen, 18 nov. 1847, X....., Dev. 1848, II, 83.)

412. — Si la femme avait d'abord quitté le domicile conjugal, son retour dans ce domicile ne serait-il pas une preuve de réconciliation?

Il faudrait encore examiner les circonstances.

La femme a-t-elle abandonné son mari sans autorisation de justice, soit avant, soit depuis l'introduction de l'instance en séparation? sa rentrée dans la maison conjugale n'est que l'accomplissement d'un devoir et la réparation d'un tort. On ne devrait donc pas, en général, y trouver une fin de non-recevoir.

Dans le cas, au contraire, où la femme aurait été autorisée à se retirer dans une autre maison (art. 878), M. Massol enseigne que son retour près de son mari devrait être considéré comme une renonciation à la demande, à moins qu'elle n'eût fait, à cet égard, des réserves (p. 75, n° 9). — Il me semble qu'indépendamment même de toutes réserves, il faudrait tenir compte des motifs qui auraient pu déterminer la femme à rentrer dans le domicile commun; comme si, par exemple, il était urgent pour elle de prévenir des fraudes, des détournements que le mari préparait à son préjudice; ou encore si elle y avait été rappelée par la maladie d'un de ses enfants, etc.

413. — Au reste l'intention exprimée par la femme de rentrer au domicile conjugal et la sommation même qu'elle aurait faite à son mari de l'y recevoir, devraient être en général considérées comme non avenues, si le mari lui-même n'y avait répondu que par un refus (Turin, 14 févr. 1810, Monnati, D., *Rec. alph.*, t. II,

p. 896; Paris, 21 nov. 1849, Quatrecoups, Dev., 1841, II, 68).

414. — Aux termes de l'article 269 du Code Napoléon, lorsque la femme demanderesse en divorce avait été autorisée par le tribunal à se retirer dans une maison tierce, elle était tenue de justifier de sa résidence dans cette maison, toutes les fois qu'elle en était requise : « à défaut de justification, dit le texte, le mari « pourra.... la faire déclarer non recevable à continuer « ses poursuites. »

C'est une question controversée et délicate, en effet, que celle de savoir si cet article est applicable à la femme demanderesse en séparation de corps.

Beaucoup d'auteurs et le plus grand nombre des arrêts ont décidé la négative :

1° Il résulte de l'article 307, que la demande en séparation de corps ne doit pas suivre les mêmes errements de procédure et d'instruction que la demande en divorce; or, l'article 269 ne consacre qu'une règle de procédure, une sorte d'exception péremptoire, non pas de fond, mais de forme; donc, il n'est pas applicable à la séparation ;

2° L'article 878 du Code de procédure prouve bien que les articles 268 et 269 du Code Napoléon ne concernaient que le divorce; car il a précisément pour but d'établir pour la séparation de corps certaines mesures du même genre; mais il les établit d'une autre manière et avec des effets différents. C'est ainsi qu'il remet au président seul le soin d'indiquer la maison dans laquelle la femme pourra se retirer. Voilà donc l'article et le seul article applicable à la séparation ; or, il ne prononce pas contre la femme la déchéance qui est écrite dans l'article 269; donc, il est impossible de l'y ajouter ;

3° Cela est d'autant plus impossible que cette dé-

chéance est très-rigoureuse; qu'elle constitue une véritable pénalité; et que la loi a pu se montrer plus disposée à arrêter les demandes en divorce que les demandes en séparation; par cela même les premières ont un résultat beaucoup plus grave que les autres;

4° Remarquez enfin qu'il ne s'agit pas ici de réconciliation ni de renonciation par la femme à la demande par elle formée; la femme a quitté la maison qui lui avait été indiquée; mais elle n'est pas retournée avec son mari, et les hostilités n'ont pas cessé. Que lui opposez-vous donc? — les articles 272-274 sur la réconciliation? c'est impossible; car il n'y a pas eu réconciliation! — l'article 269! mais on vient de voir que cette déchéance pénale ne saurait lui être appliquée que par le plus grand abus de l'interprétation extensive (Bordeaux, 21 floréal an XIII, Royer, Sirey, 1805, II, 138; Trèves, 8 janv. 1808, Bories, Sirey, 1808, II, 15; Turin, 12 févr. 1811, Bonfante, Sirey, 1811, II, 436; Bruxelles, 26 déc. 1811, Meuret, Sirey, 1812, II, 250; Cass., 27 janv. 1819, Peignard, Sirey, 1819, I, 165; Bordeaux, 6 janv. 1835, Sodini, Dev., 1835, II, 347; Duranton, t. II, n° 578; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 171; Marcadé, art. 307, n° 2).

Entendons-nous bien, avant tout, sur le sens de cet article 269. Or, je crois que, même en matière de divorce, il ne prononçait pas toujours et quand même! une déchéance aveugle contre la femme qui aurait quitté la maison que le tribunal lui avait indiquée. « Le mari *pourra* la faire déclarer non recevable.... » Il y avait donc lieu pour les magistrats d'examiner les circonstances et les motifs par suite desquels la femme n'habitait plus cette maison (Cass., 16 janv. 1816, de Rennecourt, Sirey, 1816, I, 321; Cass., 23 nov. 1841, Digne, Dev., 1842, I, 73; Carré, *de la Procédure*, t. II, n° 2975).

Notre article ainsi entendu, je me sens très-disposé à l'appliquer à la femme demanderesse en séparation. Une chose surtout me frappe, c'est que, dans l'opinion contraire, l'article 878 du Code de procédure va être absolument dépourvu de toute sanction; c'est que la femme peut dès lors impunément quitter la résidence que lui avait indiquée le président; la quitter, dis-je, toujours et sans aucun motif et sans qu'on puisse savoir peut-être ce qu'elle sera devenue! Or, ceci est infiniment grave. N'oublions pas que le mari a, dans ce cas, plus d'intérêt encore que dans le cas d'instance en divorce, à surveiller la conduite de sa femme, puisque la séparation de corps ne dissout pas le mariage. Les motifs sont du moins tout à fait les mêmes dans les deux cas; et je crois que nous pouvons dès lors appliquer ici l'article 269, comme nous appliquerons plus tard les articles 270 et 271. L'argument déduit de l'article 307 ne me paraît pas assez décisif pour nous empêcher d'atteindre ce but si désirable; car il nous faudra plus d'une fois, malgré l'article 307, recourir aux articles du divorce, même en ce qui concerne l'instruction (*infra*, n° 479). Et d'ailleurs est-ce que l'article 878 du Code de procédure ne pourrait pas, à lui seul, légitimer cette fin de non-recevoir? C'est par *la même ordonnance* que le président autorise la femme *à procéder sur la demande et à se retirer provisoirement dans telle maison* qui sera convenue ou désignée; or, cette ordonnance n'est-elle pas la condition à laquelle est subordonné le droit pour la femme de procéder sur la demande? la femme ne pourrait pas engager l'instance sans y être autorisée; elle ne doit pas davantage pouvoir la suivre, sans observer toutes les conditions de l'ordonnance qui l'y autorise (comp. Agen, 17 mars 1842, Laporte, Dev., 1842, II, 315; Metz, 17 janv. 1855, Pol-Morel, Dev.,

1855, II, 241 ; Delvincourt, t. I, p. 79, n° 10; Valette sur Proudhon, t. I, p. 537, note *a*, 111 ; Massol, p. 87, n° 14 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 279; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 409 ; Demante, t, II, n° 12 *bis*, II).

415. — La demande en séparation de corps pourrait-elle être repoussée par une fin de non-recevoir, tirée de ce que l'époux demandeur serait lui-même coupable de faits pareils à ceux qu'il reproche à son conjoint, ou même de faits d'une nature différente, mais qui formeraient également contre lui une cause de séparation ?

Il est une première hypothèse, qui ne paraît pas avoir soulevé de dissidences ; c'est celle où les deux époux ayant été condamnés à une peine infamante, l'un d'eux baserait sa demande en séparation contre l'autre sur la condamnation qui l'a frappé : 1° Le texte même suppose que l'époux, qui reproche une pareille condamnation à son conjoint, ne doit pas lui-même l'avoir encourue.... « La condamnation *de l'un* « *des deux époux* à une peine infamante sera pour « l'autre une cause de divorce. » (Art. 232.) — 2° Le motif essentiel de la loi ne permet pas d'écouter la susceptibilité de cet époux flétri, qui ose protester contre la flétrissure de son conjoint (comp. Demante, t. I, n° 7 *bis*, IV).

Mais la lutte, au contraire, devient très-vive sur les autres hypothèses.

Le mari demande la séparation de corps contre sa femme pour cause d'adultère ; et la femme lui oppose une fin de non-recevoir résultant de ce qu'il a tenu lui-même une concubine dans la maison commune ;

Ou bien c'est la femme qui demande la séparation contre le mari soit pour cause d'adultère commis avec

une concubine dans la maison commune, soit pour cause d'excès, de sévices ou d'injures graves; et le mari la soutient non-recevable parce qu'elle est adultère.

Ces fins de non-recevoir sont-elles fondées? faut-il admettre la compensation de ces torts respectifs?

Écoutons les moyens par lesquels on a soutenu l'affirmative :

Et d'abord, que l'adultère de l'un doive effacer celui de l'autre, c'est ce que prouve l'article 336 du Code pénal. Le mari, qui a tenu une concubine dans la maison commune, ne peut pas dénoncer l'adultère de sa femme, ni par conséquent faire prononcer contre elle la peine de l'emprisonnement; or, s'il avait néanmoins le droit de demander la séparation de corps, il pourrait ainsi faire punir sa femme par application de l'article 308 du Code, Napoléon; donc, il a également perdu le droit de demander la séparation de corps. C'est *a fortiori* qu'il faut argumenter de l'article 336 du Code pénal; car, en matière criminelle, la règle est que le délit de l'un n'excuse pas le délit de l'autre; et quand on voit la loi pénale refuser d'entendre la plainte de l'époux qui est lui-même coupable, c'est-à-dire faire taire alors un intérêt public, ne serait-ce pas une contradiction que de lui reconnaître le droit d'agir néanmoins, devant le tribunal civil, dans son intérêt purement privé? (Duranton, t. II, n° 574; Vazeille, t. II, n° 536; Valette sur Proudhon, t. I, p. 532, note *a*, 4; Massol, p. 85, n° 13.)

Et cette solution une fois posée, pourquoi ne serait-elle pas applicable aux autres hypothèses? L'époux demandeur se plaint d'injures graves; et il a lui-même diffamé son conjoint de la manière la plus outrageante!... il se plaint de ses excès; et il s'est porté lui-même envers son conjoint aux dernières extrémi-

tés! etc.... Est-il donc juste, est-il moral qu'il réussisse? — N'objectez pas que la loi n'admet d'autre fin de non-recevoir que celle qui résulte de la réconciliation (art. 272-274). Est-ce que vous écouteriez le mari qui, après avoir lui-même prostitué sa femme, viendrait ensuite vous demander contre elle la séparation de corps pour cause d'adultère? non, certes; et pourtant cette exception-là non plus n'est pas écrite! mais la raison et le bon sens la réclament et la suppléent! Autrement, voyez donc l'alternative à laquelle vous arrivez! De deux choses l'une: ou bien, pour ne pas prononcer la séparation au profit de cet époux indigne lui-même de l'obtenir, les magistrats se verraient obligés *de mentir à leur propre conscience*, et de déclarer, contrairement à la vérité des faits, que les causes par lui invoquées ne sont pas suffisantes; — ou aù contraire, ils prononceraient la séparation; et alors vous verriez triompher cet époux tout aussi coupable que l'autre, et les avantages faits par lui seraient révoqués! Et pourtant l'autre époux aurait pu tout aussi bien que lui, demander et obtenir la séparation! et il succomberait, parce que l'autre aurait pris les devants! mais cela est inadmissible; le jugement et les avantages qui en résultent pour celui qui l'obtient, ne sauraient être le prix de la course (Cass., 7 nivôse an VII, Deshommais, Sirey, 1804, I, 187; Duranton, t. II, n° 574; Massol, p. 39, n° 4, et p. 85, n° 13). Enfin, on a invoqué, en faveur de cette doctrine : l'autorité des lois romaines (L. 13, § 4, ff. *ad Leg. jul. de adult.;* L. 39, ff. *Sol. mat.*); — du droit canon (caus. 32, Q. VI, can. I); — de nos anciens auteurs (Despeisses, t. I, p. 1, sect. IV, n° 17; Coquille, *Instit. du Douaire*, p. 93; Domat, *Suppl.*, liv. III, tit. X, n° 10); — et même aussi des lois étrangères (Code prussien, art. 719; Vazeille, t. II, n° 536).

L'opinion contraire me paraît pourtant bien préférable :

Il y aurait beaucoup à dire pour rétablir, dans toute leur vérité, les traditions historiques sur ce point. C'est ainsi, par exemple, que la loi romaine invoquée (39, ff. *Sol. mat.*) ne concerne que les intérêts pécuniaires des époux, et ne faisait d'ailleurs nul obstacle à la prononciation du divorce. Le droit canon, il est vrai, paraît bien avoir consacré cette espèce de compensation; et je conviens que Coquille la proposait aussi dans notre ancien droit civil. Mais il m'a semblé que Despeisses ni Domat n'exprimaient pas suffisamment, aux endroits cités ni ailleurs, le sentiment qu'on leur a prêté.

Quoi qu'il en soit, c'est sous l'empire de notre Code qu'il faut apprécier aujourd'hui cette fin de non-recevoir; or, je suis tout à fait d'avis qu'elle est contraire soit aux textes, soit aux principes, soit aux véritables intérêts des familles et de l'État.

D'après les textes mêmes, l'adultère est une cause de séparation; l'adultère de la femme, dans tous les cas; l'adultère du mari, lorsqu'il a tenu sa concubine dans la maison commune. De même, les excès, sévices ou injures graves sont, pour chacun des époux, une cause réciproque de séparation (art. 229-231, 306). Lors donc que l'un des époux invoque et prouve l'existence de l'une de ces causes, il a le droit d'obtenir sa séparation, à moins qu'un autre texte de loi ne le rende non-recevable; or, les articles 272-274 n'établissent d'autre fin de non-recevoir que celle qui résulte de la renonciation de l'époux à son droit; donc, son droit demeure tout entier, s'il n'y a pas, en effet, renoncé; et on ne pourrait le méconnaître sans violer ouvertement les articles 229-231. — Mais, dit-on, il y a un texte, au moins en ce qui concerne l'adultère; c'est

l'article 336 du Code pénal. — Je ferai d'abord remarquer que les partisans de cette opinion ne sont pas d'accord, entre eux, sur la portée de cet argument. C'est ainsi que M. Duranton enseigne que « la femme coupable d'adultère doit être déclarée non recevable dans sa demande en séparation de corps contre son mari, qui a tenu une concubine dans la maison commune » (t. II, n° 574), tandis que M. Valette, au contraire, pense que « l'article 336 du Code pénal ne paraît pas devoir être appliqué en sens inverse, c'est-à-dire qu'une faute isolée de la femme ne pourrait être alléguée comme fin de non-recevoir par le mari, qui aurait entretenu une concubine dans la maison commune. » (Sur Proudhon, t. I, p. 533.) Au reste, quelle que soit, sous ce rapport, l'interprétation que doive recevoir l'article 336 en matière pénale (D., *Rec. alph.*, nouv. édit., v° *Adultère*, n° 76), je n'hésite pas à repousser indistinctement, pour le mari comme pour la femme, la conséquence qu'on veut en tirer en matière civile. Je comprends bien que la loi n'ait pas voulu permettre au mari, coupable lui-même d'adultère, de provoquer contre sa femme adultère un procès en police correctionnelle. Cette sévérité lui sied alors très-mal; et puisqu'il consent à garder sa femme, eh bien! qu'il se taise! Mais la situation est toute différente, quand le mari, au contraire, demande la séparation de corps. Aussi le texte même de l'article 336 du Code pénal lui défend-il seulement de dénoncer l'adultère de sa femme sans lui défendre, en aucune manière, une action en séparation. — Mais il va, indirectement, faire ainsi condamner sa femme à la prison! — Eh! quand cela serait, ne pourrait-on pas l'expliquer? serait-il si étrange que le législateur, autorisant la demande en séparation, n'eût pas voulu que la justice pût être appelée à constater l'adultère de la femme sans y

attacher une peine? Notez, en effet, que, dans le cas de l'article 308, le droit de requérir la peine appartient directement au ministère public. En vain le mari déclarerait qu'il ne demande que la séparation civile, et qu'il ne veut pas que sa femme soit détenue; en vain il se serait désisté d'une plainte d'abord portée. Dès que la demande en séparation de corps est formée par lui, le procureur impérial a, je le répète, directement le droit de requérir la condamnation contre la femme; et on a pu dire, sous ce rapport, que cette condamnation est *la conséquence nécessaire de la séparation de corps* (Paris, 31 août 1841, R..., D., *Rec. alph.*, nouv. édit., v° *Adultère*, n° 131). Mais je ne croirais pas pourtant qu'il en fût ainsi. Est-ce qu'en effet le tribunal civil ne remplit pas ici l'office du tribunal correctionnel? et dès lors est-il logique qu'il puisse prononcer une peine que le tribunal correctionnel ne pourrait pas prononcer? La femme ne doit-elle pas avoir devant la juridiction civile, pour conjurer l'application de cette peine, tous les moyens qu'elle aurait devant la juridiction correctionnelle? Il me paraît donc que l'article 336 du Code pénal n'est point un texte qui puisse fournir une fin de non-recevoir dans un procès en séparation de corps.

Soit, dites-vous; mais un texte n'est pas nécessaire. Y en a-t-il un qui dise que le mari, complice de l'adultère de sa femme, ne pourra pas s'en faire un moyen de séparation? Et pourtant qui voudrait écouter alors le mari!

Je ne l'écouterais pas non plus; mais cette hypothèse est toute différente. Je ne l'écouterais pas 1° parce que la cause même de séparation par lui alléguée, n'existerait point alors véritablement; parce que l'adultère de la femme est surtout une cause de séparation à titre d'outrage envers le mari; et que le mari, assez

vil pour y consentir, ne peut plus se dire outragé; 2° parce qu'il y a dans ce cas, sinon une réconciliation proprement dite, du moins une renonciation volontaire, une remise accordée d'avance, et qui rend applicables les articles 272-274 (L. 47, ff. *Sol. mat.;* Paris, 6 avril 1811, C....., Sirey, 1812, II, 14; arrêts du 30 décembre 1843 et du 29 mai 1855, *voy.* la *Gazette des Tribunaux* du 2 janvier 1844, et le *Droit* du 3 juin 1855; Merlin, *Quest. de droit*, t. VII, v° *Adultère*, § 9, p. 135, note 3; Vazeille, t. II, n° 584; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 164; Massé et Vergé, t. I, p. 253; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 143).

Mais telle n'est pas notre question. Le mari et la femme sont, chacun de son côté, adultères; ou bien ils se prodiguent réciproquement toutes sortes d'injures, d'excès et de sévices.... Voilà notre fait.... Eh bien! je dis que non-seulement les textes, comme je crois l'avoir établi, commandent de prononcer la séparation, mais qu'ainsi le veulent encore les principes et les plus hautes considérations de morale et d'intérêt public. Qu'est-ce donc que la séparation de corps? c'est en méconnaître, selon moi, le caractère, que de n'y voir qu'*une réparation* (Vazeille, t. II, n° 574), ou *un refuge au conjoint opprimé qui mérite la protection de la justice* (Massol, p. 85, n° 13). La séparation de corps sans doute se propose l'intérêt des époux, l'intérêt principalement de l'époux opprimé, j'en conviens; mais c'est aussi, ne l'oublions pas! une institution d'ordre public, qui se propose le bon ordre des familles, le bon ordre de la société. Et les deux époux, fussent-ils également coupables, également odieux, il n'en faudra pas moins prononcer la séparation, si vous reconnaissez que la vie commune n'est pour eux qu'un enfer, et pour la société qu'un scandale. Oui, certes,

il y a là un grand intérêt public! car nous devons tout craindre de ces situations, lorsqu'elles nous révèlent d'irréconciliables haines.... « Contigit enim ut ex his « nonnulli ad mutuas insidias procederent, venenis- « que et aliis quibusdam, quæ lethalia essent, uteren- « tur.... » La *Novelle* 140 est bien vieille; mais les passions humaines n'ont pas changé. Comment! parce que ces deux époux sont animés au plus haut point l'un contre l'autre; parce que des torts respectifs ont élevé entre eux une double barrière; parce qu'il y a enfin, dans ce procès, deux causes de séparation au lieu d'une, vous en concluez qu'il ne faut pas du tout prononcer la séparation! J'en conclus, moi, au contraire, qu'il faut doublement la prononcer.

416. — Et j'arrive ainsi à l'un des arguments les plus spécieux de l'opinion contraire.

On m'objecte, en effet, que le droit d'obtenir la séparation ne peut pas être le prix de la course et qu'il serait tout à fait injuste que le jugement fût prononcé contre l'un au profit de l'autre, quand chacun d'eux mérite également qu'elle soit prononcée contre lui.

J'adhère complétement à ceci; car le jugement produit des effets importants: soit quant à la déconsidération morale, qui en résulte contre l'époux qui succombe; soit quant aux intérêts pécuniaires, surtout si on pense que la révocation des donations doit avoir lieu de plein droit (*infra*, n°s 521 et suiv.). Mais le remède me paraît très-simple: que chacun des époux demande alors, de son côté, la séparation de corps; et la séparation sera, en effet, prononcée contre chacun d'eux. Tous deux gagneront; tous deux perdront. La position sera, de part et d'autre, égale et réciproque comme la faute. — On objecte que *cela répugnerait aux principes* (Duranton, t. II, n° 574). — Mais pourquoi donc? où est le texte, où est le principe qui s'y

oppose? La séparation, il faut que vous la prononciez! et vous êtes obligé d'en convenir vous-même, pour le cas où les époux en effet s'acharneraient l'un contre l'autre, dans de continuelles batailles; ou dans le cas où l'un deux, même après avoir le premier offensé l'autre, serait devenu la victime de violences telles que sa vie serait en danger!.... Eh bien! alors si tous deux demandent la séparation, en droit tous deux sont fondés, si chacun de son côté prouve l'existence d'une cause légale; et en principe et en équité, il est très-juste que la séparation, dans ses effets, ne profite pas à l'un plus qu'à l'autre (comp. Rouen, 13 mars 1816, Tréforêt, D., *Rec. alph.*, t. II, p. 891, n° 4; Orléans, 16 août 1820, Ladureau, Sirey, 1821, II, 134; Cass., 9 mai 1821, mêmes parties, D., 1821, I, 401; Bourges, 24 mars 1840, C..., Dev., 1840, II, 503; Bordeaux, 4 juillet 1843, D..., Dev., 1843, II, 573; Douai, 20 nov. 1846, Lebas, Dev., 1848, II, 521; Montpellier, 7 juin 1853, Lalande, Dev., 1855, II, 573; Cass., 4 mai 1855, Lemore, Dev., 1856, I, 814; Cass., 30 mars 1859, Rolland, Dev., 1859, I, 661; Merlin, *Quest. de droit*, t. VII, v° *Adultère*, § 8, n° 2 et § 10, n° 2; Toullier, t. II, n° 764; D., *Rec. alph.*, t. II, v° *Sép. de corps*, 896, 897; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 165; Massé et Vergé, t. I, p. 253; Demante, t. I, n° 7 *bis*, III; ajout. l'*Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 140-143, de M. Valette, qui a modifié, sur plusieurs points de ce sujet, ses *Annotations sur Proudhon*; Bourgeot, *Revue pratique de Droit français*, 1859, t. VII, p. 85).

417. — M. Vazeille enseigne que le mari, qui a fait d'abord condamner correctionnellement sa femme pour cause d'adultère, est ensuite non-recevable à demander la séparation de corps (t. II, n° 539).

Mais il m'est difficile de voir là un pardon, une re-

nonciation; et cette seule circonstance ne me paraîtrait pas suffisante, pas plus que le désistement que le mari aurait donné de sa plainte (Paris, 31 août 1841, R..., D., *Rec. alph.*, nouv. édit., v° *Adultère*, n° 131; Massol, p. 83, n° 12).

418. — Remarquons enfin que la demande en séparation de biens, quel qu'en ait pu être le résultat, admission ou rejet, ne saurait être une fin de non-recevoir contre la demande en séparation de corps que la femme formerait ensuite, pour des faits même antérieurs et connus à l'époque de la première demande. Elle a pu aller d'abord au plus pressé; d'autant mieux qu'il n'est pas du tout certain, et que je ne crois pas, pour mon compte, que le jugement de séparation de corps produise, à l'égard des intérêts pécuniaires, les effets du jugement de séparation de biens. Mais il n'y a rien, dans cette conduite, d'où l'on puisse induire sa renonciation au droit de former la demande en séparation de corps. Aussi l'opinion contraire, autrefois accréditée (Merlin, *Rép.*, t. XII, v° *Sép. de corps*, § 2, n° 2) ne compte-t-elle plus de partisans sous notre droit nouveau (Cass., 23 août 1809, Sicard, Sirey, 1809, II, 434; Limoges, 3 juill. 1839, Delaplace, D., 1840, I, 55; Paris, 6 août 1840, Gibier, D., 1841, II, 48; Toullier, t. II, n° 763; Duranton, t. II, n° 579; Vazeille, t. II, n° 583; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 165; Massol, p. 81, n° 11).

419. — 2° C'est au défendeur, qui oppose l'exception résultant de la réconciliation, à en établir la preuve (L. 2, ff. *de Probat.*).

420. — Et il n'est pas douteux que cette preuve peut être faite par tous les moyens que le demandeur lui-même peut employer (art. 274, 251).

Il faut même aller plus loin; car l'aveu du demandeur devrait certainement alors faire rejeter son action.

Mais le serment décisoire ou supplétoire pourrait-il être déféré?

Ceci est plus délicat.

Direz-vous : le défendeur aurait pu ne pas proposer la fin de non-recevoir résultant de la réconciliation; il aurait pu même, après l'avoir proposée d'abord, l'abandonner ensuite ; or, s'il en est ainsi, pourquoi le serment décisoire ne pourrait-il pas être déféré par l'une des parties à l'autre, soit par le demandeur au défendeur, soit par le défendeur au demandeur lui-même? Ce moyen semblerait même ici d'autant plus utile, qu'il s'agit de savoir si en effet l'époux demandeur a pardonné, et qu'au milieu des faits, souvent équivoques, sur lesquels on fonde le moyen de réconciliation, rien ne serait plus péremptoire que son propre témoignage. — Il est bien entendu que si le serment décisoire est possible, il faudra en dire autant *a fortiori* du serment supplétoire, que le juge défère lui-même en connaissance de cause, et qui présente beaucoup moins d'inconvénients (Trèves, 28 mai 1813, Windelin, Sirey, 1814, II, 20; Grenoble, 19 juill. 1838, R..., D., 1839, II, 20; Zachariæ, t. III, p. 362).

Mais est-il bien vrai que le défendeur soit libre d'opposer ou de ne pas opposer le moyen tiré de la réconciliation?

Je conviens que les juges ne vont pas, en général, d'office à la découverte de ce moyen, et qu'il arrive même quelquefois que si le défendeur, après l'avoir présenté, l'abandonne, on ne s'en occupe pas davantage. Mais cela prouve seulement qu'en fait, on pense que le moyen n'existe pas; et je ne voudrais pas en conclure que le défendeur est libre d'y renoncer : « L'action en divorce *sera* éteinte par la réconciliation « des époux... » (Art. 272.) « Le demandeur *sera* dé-

« claré non recevable. » (Art. 273.) Ces textes sont impératifs et s'accordent d'ailleurs très-bien avec le principe d'ordre public, qui repousse les séparations volontaires et concertées (article 307). Comment! voilà une femme qui demande la séparation de corps contre son mari parce qu'il a tenu une concubine dans la maison commune, il y a de cela quinze ans! les deux époux, depuis cette époque, ont toujours continué à vivre ensemble, dans la meilleure intimité, à s'écrire les lettres les plus affectueuses; et, dans de telles circonstances, si le mari n'oppose pas la réconciliation, il faudrait prononcer la séparation de corps? cela n'est pas proposable! donc, la fin de non-recevoir ne dépend pas de la volonté des parties; et dès lors est-il possible qu'elles en fassent l'objet d'un serment décisoire, qui pourrait mettre ensuite les juges dans l'impossibilité de tenir compte d'un moyen qui devrait faire rejeter la demande en séparation. — Le serment supplétoire est moins dangereux; mais enfin il remet aussi, sous quelques rapports, à la volonté de la partie elle-même la décision de la cause; et j'aimerais mieux ne pas l'employer non plus en matière de séparation de corps. Les articles 1358 et suivants règlent surtout le mode de preuve dans les procès où s'agitent des intérêts pécuniaires; et ce n'est qu'avec beaucoup de réserve qu'il faut les appliquer aux questions d'état. Notre article 274 ne parle d'ailleurs que *de la preuve par écrit ou par témoins;* cela comprend aussi, sans doute, la preuve *par présomption*, et même *l'aveu*. Mais le serment est un genre de preuve tout différent (*infra*, n° 475; Massol, p. 125, n° 24).

421. — La Cour d'Aix a jugé que la preuve des faits de réconciliation, qui n'a pas été proposée en première instance, est non-recevable en appel, « parce qu'elle tend à faire revivre, en faveur de l'appelant,

un moyen de contre-enquête dont il a été déchu.... » (21 déc. 1831, Simon, D., 1833, II, 174.)

Cette application de l'article 256 du Code de procédure me paraît fort contestable; et je ne crois pas que ce soit là *cette preuve contraire* dont il s'occupe, cette preuve destructive des faits mêmes de l'enquête principale. La preuve de la réconciliation est si favorable, qu'elle me paraîtrait toujours proposable, même en cause d'appel (art. 464; arg. de l'article 2224 C. Nap.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 162; Massol, p. 111, n° 16).

422. — 3° La réconciliation (ou plus généralement *la renonciation*) éteint la cause de la séparation, soit avant, soit depuis la demande.

« Dans l'un et l'autre cas, le demandeur sera dé-
« claré non-recevable dans son action; il pourra néan-
« moins en intenter une nouvelle pour cause survenue
« depuis la réconciliation, et alors faire usage des an-
« ciennes causes pour appuyer sa nouvelle demande. »
(Art. 273.)

A fortiori, pourrait-il intenter pour la première fois une demande, à raison de la nouvelle cause, s'il n'en avait pas encore formé pour les anciennes. Plus son pardon avait été complet, plus l'autre époux est ingrat et coupable (Cass., 8 juill. 1813, Vergne, Sirey, 1815, I, 128; Vazeille, t. II, n° 581; Zachariæ, t. III, p. 362).

423. — L'article 273, en permettant de faire revivre les anciens faits, n'accorderait à l'époux qu'une faculté illusoire, s'il était même alors nécessaire que les faits nouveaux fussent par eux-mêmes et par eux seuls assez graves pour faire prononcer la séparation. Aussi cette condition n'est-elle pas nécessaire; les faits anciens et le pardon même qui les avait suivis, peuvent imprimer aux faits nouveaux la gravité qui

leur manquerait sans cela (comp. Cass., 2 mars 1808, Decordey, Sirey, 1808, I, 202; Trèves, 28 mai 1813, Windelin, Sirey, 1814, II, 20; Duranton, t. II, n° 566; Zachariæ, t. III, p. 362; Massol, p. 70, n° 5).

424. — Peu importe, d'ailleurs, que les faits nouveaux soient de même ou de différente nature que les faits anciens et d'abord pardonnés. Le texte (art. 273) et la raison n'exigent aucune condition de ce genre. Des excès, des injures pourraient donc faire revivre une cause résultant de l'adultère, et réciproquement (comp. Toulouse, 30 janv. 1821, D., 1822, II, 56; Cass., 6 juin 1853, Guyet, Dev., 1853, I, 708; Vazeille, t. II, n° 577; Massol, p. 71, n° 6).

425. — Et les faits anciens pourraient être produits à l'appui d'une nouvelle demande :

1° Lors même qu'ils ne l'auraient pas été dans une première demande d'abord rejetée. Le silence pouvait être alors commandé à l'époux pour des circonstances particulières; et, en tout cas, on ne pourrait y voir qu'un pardon; or, les faits nouveaux font revivre ceux que le pardon avait éteints (Cass., 8 juill. 1813, Vergne, Sirey, 1815, I, 128; Paris, 28 janv. 1822, T..., Sirey, 1824, II, 93; Duranton, t. II, n° 567);

2° Lors même qu'ils auraient été produits dans une première demande, et rejetés comme n'étant pas pertinents ou prouvés. L'autorité de la chose jugée ne ferait à cela nul obstacle; car ce sont encore des moyens nouveaux d'une cause nouvelle; et on conçoit que les faits postérieurs peuvent éclairer d'un jour tout nouveau les faits même antérieurs (Cass., 28 juin 1815, Perès, Sirey, 1815, I, 380; Paris, 28 janv. 1822, T..., Sirey, 1822, II, 93; Vazeille, t. II, n°s 578, 579; Duranton, t. II, n° 568; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 164).

SECTION III.

PAR QUI LA DEMANDE EN SÉPARATION DE CORPS PEUT-ELLE ÊTRE FORMÉE?

SOMMAIRE.

426. — Autrefois le mari ne pouvait presque jamais demander la séparation de corps contre la femme. — Aujourd'hui ce droit est réciproque.
427. — Les créanciers de l'un des époux ne peuvent pas demander la séparation de corps au nom de leur débiteur. — Ils ne peuvent même pas intervenir dans l'instance engagée par lui.
428. — Le tuteur peut-il former une demande en séparation de corps, au nom de l'époux interdit? — A-t-il besoin, à cet effet, de l'autorisation du conseil de famille? — *Quid*, si le tuteur de l'interdit est l'époux coupable lui-même?
429. — La demande formée par l'un des époux contre l'autre pourrait-elle être continuée par les héritiers ou successeurs du demandeur décédé contre le conjoint défendeur?
430. — Même question, en ce qui concerne le demandeur lui-même contre les héritiers du défendeur décédé.
431. — *Quid*, dans les deux cas qui précèdent, si les héritiers de l'époux décédé sont des enfants communs?
432. — Les tribunaux français sont-ils compétents pour juger un procès de séparation de corps entre étrangers?

426. — Dans notre ancien droit, la séparation de corps ne pouvait guère être demandée que par la femme contre le mari. Le mari avait le droit sans doute d'intenter contre sa femme l'accusation d'adultère ; et il est vrai que la *séparation d'habitation* pouvait s'ensuivre, puisque la femme condamnée pour cette cause, était renfermée dans un monastère pendant deux ans, si son mari consentait ensuite à la reprendre, et pendant toute sa vie dans le cas contraire. Mais un mari n'aurait pas été écouté à se plaindre des excès, des sévices ni des injures de sa femme ; la supériorité même de sa force paraissait les rendre peu vraisemblables, et devait en tout cas, disait-on, les lui

faire mépriser (comp. Pothier, nos 509, 510 et 525, 526; Delacombe, vo *Adultère*).

Cette différence, quoique reproduite lors de la discussion du Code Napoléon, n'a pas été conservée; et le mot *réciproquement* fut même inséré à dessein, dans l'article 231, pour la proscrire. Fallait-il, en effet, livrer, sans secours, un mari âgé, malade ou infirme aux mauvais traitements d'une femme sans pitié et sans cœur? Cette cause de séparation sera, le plus souvent, il est vrai, invoquée par la femme contre le mari; mais l'hypothèse contraire, pour être plus rare, n'en est pas moins aussi très-possible (Trèves, 28 mai 1813, Windelin, Sirey, 1814, II, 20; Caen, 2e chambre, 26 mars 1824, Desbans, et 19 juin 1824, Chrétien).

427. — Le droit de demander la séparation de corps est, d'ailleurs, exclusivement attaché à la personne de l'époux; il ne pourrait donc pas être exercé par ses créanciers (art. 1166), qui n'ont pas même le droit d'intervenir dans cette instance où s'agite avant tout, comme question principale, une question d'état, toute personnelle aux époux.

428. — Ce n'est pas à dire toutefois que le tuteur ne pourrait pas former, au nom d'un époux interdit, une demande en séparation de corps. Le tuteur, c'est l'époux lui-même! (Art. 450.)

Très-différent des créanciers qui agissent au nom, il est vrai, de leur débiteur, mais dans un intérêt purement pécuniaire, le tuteur, lui, a qualité pour débattre, comme l'époux lui-même dont il est l'interprète, cette question personnelle, cette question d'habitation commune que la demande a pour but de faire cesser. Nous avons déjà eu l'occasion de remarquer que le tuteur peut exercer des actions non moins délicates (*voy.* notre *Traité de l'Absence* n° 268). L'application du

même principe est ici réclamée par les plus hautes considérations morales et par la nécessité même. Le tuteur, en effet, doit *prendre soin de la personne* qui lui est confiée (art. 450); et il est impossible de ne pas venir au secours d'un malheureux interdit qui ne serait, de la part de son conjoint, qu'un objet de mépris ou de cruauté, ou dont le conjoint aurait encouru une condamnation infamante, ou se livrerait à l'adultère. Il est moral d'ailleurs et très-utile qu'en aucun cas l'impunité ne soit assurée aux désordres de l'un des époux (Colmar, 7 févr. 1832, Puc..., D., 1833, II, 130; Paris, 21 août 1841, Lefèbvre, Dev., 1841, II, 488; Bordeaux, 17 mai 1858, Laveau, Dev., 1859, II, 429; Massol, p. 26, n° 5; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 161; Massé et Vergé, t. I, p. 253, 254).

La seule question serait de savoir si le tuteur a besoin, dans ce cas, d'une autorisation du conseil de famille. L'arrêt précité du 21 août 1841 l'en dispense. On peut dire, en ce sens, que le tuteur représente effectivement l'interdit (art 450, 509), et que ce mandat général lui permet d'agir seul toutes les fois que la loi ne l'a pas soumis à la nécessité d'une autorisation.

Mais je crois que cette règle, en l'admettant même dans ces termes un peu trop absolus peut-être, ne s'appliquerait, dans tous les cas, qu'à l'administration des biens; et il me semble résulter des différents articles de la loi, que les mesures qui concernent la personne, les mesures importantes surtout, ne peuvent être prises par le tuteur, qu'avec l'autorisation de la famille (art. 175, 468, 510). Or, il n'en est certes pas de plus grave qu'une demande en séparation de corps; et je m'empare de cette analogie pour en conclure que le tuteur doit être autorisé, par le conseil de famille, pour la former.

Dans le cas où le tuteur de l'interdit serait son con-

joint lui-même (art. 506, 507), c'est au subrogé tuteur qu'il appartiendrait d'agir (art. 420); et le conseil de famille, dont il devrait, avant tout, requérir la convocation, lui tracerait la marche à suivre (arrêt précité du 21 août 1841).

429. — Il est incontestable que le droit de former la demande en séparation de corps s'éteint par le décès de l'un ou de l'autre des époux.

Mais c'est au contraire une question de savoir si la demande déjà formée par l'un d'eux contre l'autre, pourrait être continuée par les héritiers ou successeurs de l'époux demandeur, ou contre ceux de l'époux défendeur.

Question difficile et fort importante, soit à cause des dépens, très-considérables souvent en ces sortes d'affaires (art. 130 procéd.), soit à cause du préciput qui aurait été stipulé (art. 1518), soit enfin à cause des avantages dont le jugement de séparation de corps pourrait entraîner la révocation (*infra*, n°s 521 et suivants).

Une opinion, fort accréditée, enseigne que l'instance peut être continuée par les héritiers de l'époux demandeur contre le défendeur survivant.

On peut, dans l'intérêt de cette doctrine, raisonner ainsi :

La demande en séparation de corps n'a pas seulement pour but de faire cesser la vie commune et de modifier dans l'avenir les obligations du mariage; elle se propose un autre but encore, savoir : la déchéance contre l'époux défendeur des avantages que son conjoint lui avait faits. Le demandeur a toujours en vue ces deux résultats : pour le passé, la punition de l'ingratitude de son conjoint; pour l'avenir, la cessation de la vie commune. — Mais, direz-vous, tout cela ne fait qu'un; le seul objet de la demande, c'est la séparation; les déchéances pécuniaires n'en sont que les

conséquences. — Il faut s'entendre : d'abord, dans l'opinion de ceux qui pensent qu'en matière de séparation de corps, les avantages ne sont pas *révoqués* (art. 299), mais seulement *révocables* (art. 955), il est nécessaire que l'époux demandeur prenne des conclusions à cette fin ; or, s'il les a prises, n'y a-t-il pas là deux chefs distincts de demande? Et pourquoi les héritiers du conjoint donateur ne pourraient-ils pas alors continuer l'instance, tandis que les héritiers de tout autre donateur le pourraient? (Art. 957.) L'époux, donataire ingrat, est-il donc moins punissable qu'un donataire étranger? Cela posé, peut-il en être autrement dans l'opinion de ceux qui pensent que la révocation a lieu de plein droit? — Oui, répondez-vous, parce qu'il n'y a pas alors de conclusions sur ce chef; parce que tout est confondu et absorbé dans la demande principale. — Ainsi, par cela même que la loi aura voulu frapper plus fort, l'époux défendeur serait au contraire plus ménagé! et il obtiendrait une impunité, qu'il n'aurait pas eue, si la révocation, au lieu d'être nécessaire, n'avait été que facultative! Ne doit-on pas bien plutôt dire que la loi conclut, en quelque sorte, elle-même à la révocation, et que les conclusions, pour être tacites, ne doivent pas perdre le caractère et la portée qu'elles auraient eus, si l'époux lui-même les avait expressément formulées? De ce que les héritiers ne pourraient pas commencer l'instance, il n'en faut pas conclure qu'ils n'aient pas le droit de la continuer. Le silence de l'époux lui-même pouvait être considéré comme un pardon ; mais ce motif n'existe plus, quand il a personnellement introduit la demande. C'est ainsi que, dans notre ancien droit, le décès de l'époux demandeur n'empêchait pas de juger l'action engagée, *an bene vel male*, pour ce qui concernait les intérêts pécuniaires (de Lacombe, v° *Séparation*, part. I, n° 21 ;

Poulain-Duparc, t. V, p. 281 ; Merlin, *Quest. de droit*, t. III, v° *Dot.*, § 5). On reconnaît, dans l'opinion contraire, qu'il reste encore à résoudre la question des dépens « et que pour la décider, il faudra voir si l'action était ou non bien fondée, et par conséquent faire le même examen que s'il s'agissait de prononcer sur la séparation. » (Marcadé, art. 307 n° 5.) Or, s'il est possible encore de prouver l'ingratitude de l'époux défendeur, n'est-il pas logique et moral que la justice ne constate point cette preuve, sans y attacher l'exemple de la répression ? — Mais enfin comment faire ? les héritiers concluront-ils à la séparation de corps ? c'est impossible ! — A la révocation des avantages ? mais ils ne le peuvent pas non plus ! (Art. 299.) Et le tribunal, est-ce qu'il va prononcer la séparation de corps entre l'époux survivant et les héritiers de l'autre ! — La réponse est que l'action a été régulièrement intentée par l'époux lui-même, que cette action est dans ses biens (art. 724) et que ses héritiers ont dès lors le droit de la suivre. Ils concluront donc : les héritiers du demandeur, à ce que cette action soit dite *à bon droit;* et le demandeur, à ce qu'elle soit dite *à tort*. Et la décision judiciaire, ainsi rendue, produira les effets qu'elle est encore susceptible, en l'état, de produire (Bruxelles, 26 avril 1806, Poot, Sirey, 1806, II, 430 ; Delvincourt, t. I, p. 82, note 2; Duranton, t. II, n° 580 ; Vazeille, t. II, n° 585 ; Zachariæ, t. III, p. 360).

Voilà, j'en conviens, des motifs très-graves; et pourtant cette solution, dans les termes du moins où elle est proposée, ne me paraît pas conforme aux principes :

La demande en séparation de corps, il faut bien le reconnaître, n'a pour but direct et principal, que de faire cesser la vie commune ; or, la mort ayant séparé les époux, le but n'est que trop bien atteint ; donc, cette demande n'a désormais plus d'objet, plus de base ; donc,

elle doit nécessairement tomber. Il est vrai et j'essayerai moi-même d'établir que la loi attache à la séparation de corps certaines déchéances pécuniaires; mais ce sont là seulement des effets tacites de la séparation; le demandeur n'y conclut pas, il ne doit pas y conclure; l'objet unique de sa demande, c'est la séparation, dont la loi règle ensuite elle-même les effets; or, la cause, la seule cause efficiente de ces déchéances, est devenue impossible par le décès de l'un des époux; donc, elles ne sauraient se réaliser. — Il y a encore une question de dépens! — Sans doute; mais c'est ce qui peut arriver aussi dans d'autres cas, où une instance, exclusivement personnelle aux deux parties, se trouverait arrêtée par la mort de l'une d'elles. On videra donc cette question, la seule qui reste; et ici en particulier, l'article 131 du Code de procédure fournira le plus souvent aux magistrats un moyen convenable de solution. — Vous objectez que l'époux défendeur, donataire de son conjoint, va être ainsi plus ménagé qu'un donataire étranger! — Je le nie! car j'essayerai bientôt d'établir que les donations entre époux sont *révocables* pour cause d'ingratitude, aux termes de l'article 953. Si donc il y a lieu à cette révocation, les héritiers de l'époux décédé pourront y conclure contre l'époux survivant (art. 957); et dans ce cas, la solution que je présente pourra plus d'une fois ne différer que sous le rapport de la forme et du mode de procéder, de l'opinion que j'essaye de combattre. Mais cette différence pourrait aussi, dans certains cas, produire des effets fort importants; car autre chose est la *révocation de plein droit*, qui résulterait nécessairement de la séparation de corps, pour quelque cause qu'elle fût prononcée (art. 299); autre chose la *révocabilité*, qui ne résulte que du jugement qui déclare le donataire coupable d'ingratitude envers le donateur

personnellement. Et si, par exemple, la demande en séparation de corps formée par cet époux, qui vient de mourir, était fondée sur la condamnation de l'époux défendeur à une peine infamante, il se pourrait très-bien que ses héritiers, demandant la révocation pour cause d'ingratitude, ne réussissent pas à l'obtenir; tandis que s'ils pouvaient continuer le procès de séparation de corps, la révocation serait pour eux le résultat nécessaire du jugement. Mais, je le répète, en logique, il me paraît bien difficile d'admettre que les héritiers de l'époux décédé soient recevables à continuer l'instance même en séparation de corps contre l'époux survivant! On reconnaît qu'ils ne pourraient pas la commencer; pourquoi donc pourraient-ils la continuer? — c'est, dit-on, qu'il y a certaines demandes, que les héritiers n'auraient pas pu introduire, mais qu'ils peuvent suivre néanmoins, lorsqu'elles ont été introduites par leur auteur (Inst., lib. IV, tit. XII; art. 330 et 957 C. Napol.). — Mais j'ai déjà remarqué que nous ne connaissons pas l'espèce de novation judiciaire, que produisait à Rome la *litis contestatio* (*voy.* note t. III, n° 259); et quant aux articles 330 et 957, je réponds : 1° que la loi accorde formellement, dans ces deux cas, aux héritiers le droit de continuer l'instance, tandis qu'aucun texte semblable n'existe dans notre hypothèse; 2° que ces deux actions, qu'ils peuvent continuer dans les cas prévus par les articles 330 et 957, ils auraient pu les intenter eux-mêmes, si leur auteur n'était pas mort avant l'expiration d'un certain délai (art. 329, 957); tandis que jamais ils n'auraient pu intenter une demande en séparation de corps, après le décès de leur auteur; 3° enfin, que dans le cas des articles 330 et 957, l'action peut atteindre son but principal au profit des héritiers comme au profit de la partie elle-même. On déclarera,

par exemple, qu'un tel était enfant d'un tel (art. 330), et que la donation est révoquée pour cause d'ingratitude (art. 957). De même je conçois que les héritiers aient le droit de continuer et même d'intenter une demande en nullité de mariage du chef de leur auteur. Il s'agit dans tous ces cas, de la déclaration d'un fait, d'une déclaration rétroactive; et la décision peut être rendue aussi bien avec les héritiers qu'avec la partie d'abord personnellement intéressée. Bien différente est la séparation de corps! qu'est-ce en effet autre chose qu'une modification de l'état des époux; que la faculté qui leur est accordée de vivre, à l'avenir, séparément! Cette demande a donc un objet essentiellement personnel, comme serait une demande d'aliments *ex officio pietatis*. Est-ce qu'en matière de divorce, le décès de l'un des époux pendant l'instance n'aurait pas mis tout à néant? oui, sans doute; puisque aux termes de l'article 264, le divorce, que la décision judiciaire ne faisait qu'*autoriser*, devait être *prononcé* par l'officier de l'état civil en présence des deux époux; or, il serait tout à fait contraire aux principes et à l'intention des rédacteurs du Code que la demande en séparation de corps produisît, à cet égard, des effets que la demande en divorce n'eût pas elle-même produits. Voyez enfin à quelle situation pourrait conduire le système contraire : vous figurez-vous bien des enfants succédant à une instance en séparation de corps commencée par le mari contre sa femme pour cause d'adultère! Les voyez-vous adversaires directs de leur mère, continuer l'enquête et y rechercher les preuves de son déshonneur! (Art. 371.) Et quand la loi défend de les entendre même seulement comme témoins (art. 251), leur permettrez-vous de figurer dans ce procès comme parties! (Comp., Paris, 6 juillet 1814, Ramsant, Sirey, 1815, II, 272; Cass., 17 juin 1817, Grandvois-

set, Sirey, 1816, I, 4; Douai, 23 mai 1831, Dupuis, D., 1831, II, 161; Cass., 5 févr. 1851, Garnier, Dev., 1851, I, 81; Lyon, 4 avril 1851, Raffin, Dev., 1851, II, 617; Paris 10 févr. 1852, du Gouhier, Dev., 1853, II, 77; Caen, 24 févr. 1855, Faye, Dev., 1856, II, 393; Zachariæ, Massé et Vergé; t. I, p. 254; Aubry et Rau, t. IV, p. 160, 161; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 150, 151; Marcadé, *Revue critique de jurisprudence*, 1851, p. 463; Massol, p. 22, n° 4; Marcadé, art. 307, n° 5.)

L'arrêt de la Cour de Caen du 24 février, que nous venons de citer, est d'autant plus remarquable, que, dans l'espèce sur laquelle il a statué, l'un des époux n'était décédé qu'après qu'un jugement prononçant la séparation de corps avait été déjà rendu.

430. — J'ai toujours, jusqu'à présent, supposé le décès de l'époux demandeur. C'est qu'en effet la plupart des partisans de la doctrine que je viens de combattre, paraissent eux-mêmes reconnaître que l'instance ne pourrait pas être continuée par le demandeur survivant contre les héritiers de l'époux défendeur.

J'adopterai, bien entendu, cette solution *à fortiori;* car elle est, en outre, protégée par deux raisons spéciales :

1° En effet, comment les héritiers de l'époux décédé pourraient-ils le plus souvent se défendre.... discuter les torts reprochés à leur auteur.... deviner les faits de réconciliation, qui existent peut-être!

2° Ne résulte-t-il pas de l'article 957 que le décès du donataire défendeur à une action en révocation pour cause d'ingratitude, éteint complétement l'instance, même déjà engagée? or, les motifs sont ici tout à fait semblables.

Zachariæ néanmoins enseigne, sans distinction, que le décès même de l'époux défendeur ne met pas

fin à l'instance, qui peut alors être continuée contre ses héritiers et successeurs (t. III, p. 360).

431. — Ainsi, en résumé, sur cette grave question :

1° Je pense que logiquement, la demande en séparation de corps ne peut pas être continuée, même par les héritiers de l'époux demandeur contre le défendeur survivant; sauf à ces héritiers à faire vider la question de dépens et aussi à conclure, s'il y a lieu, à la révocation des avantages faits par leur auteur à son conjoint (art. 957).

2° *A fortiori*, je refuse à l'époux demandeur la faculté de continuer l'instance contre les héritiers du défendeur.

3° Surtout, en aucun cas, je n'admettrais les enfants à prendre la suite d'une telle instance contre leur père ou leur mère survivant.

432. — Les tribunaux français sont-ils compétents pour juger un procès de séparation de corps entre étrangers?

S'il s'agissait d'étrangers non autorisés à établir leur domicile en France, on pourrait d'abord proposer d'appliquer les principes que nous avons essayé d'établir ailleurs (t. I, n° 261), et décider en conséquence :

1° Que l'époux défendeur pourrait proposer l'incompétence des magistrats français ;

2° Que ces magistrats eux-mêmes *pourraient* d'office se déclarer incompétents.

Car, d'une part, la demande en séparation de corps doit être portée devant le tribunal du domicile commun, c'est-à-dire du domicile du mari; or, nous savons que les étrangers, non autorisés par l'Empereur à résider en France, n'y ont pas légalement de domicile; d'autre part, les étrangers étant en général soumis en France à leurs lois personnelles, il convient que cette demande, qui doit être jugée d'après les lois

étrangères, le soit aussi par les tribunaux étrangers (Comp. notre *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, etc., n° 98 et 268; Cass., 27 nov. 1822, Zaffiroff, et 30 juin 1823, mêmes parties, Sirey, 1824, I, 48, 49; Cass., 16 mai 1849, Czarnecki, Dev., 1849, I, 478; Metz, 10 juin 1849, Schmitt, Dev., 1850, II, 275; Paris, 12 févr. 1858, Bauer, Dev., 1858, II, 72; Paris, 25 juin 1859, Dausoigne-Mehul, J. du P. 1860, p. 86; *Voy.* au contraire, en ce qui concerne la demande en nullité de mariage formée par un Français contre un étranger : Paris, 13 juin 1857, Tiranty, Dev., 1857, II, 579; Duranton, t. II, n° 585; Vazeille, t. II, n° 362; Zachariæ, t. III, p. 365).

Mais ne faut-il pas même aller plus loin, et décider ici, que les tribunaux français *devraient* toujours se déclarer incompétents? Pourquoi cela, direz-vous : l'incompétence ne doit être prononcée d'office, que lorsqu'elle procède d'un motif d'ordre public, *ratione materiæ*, et non point lorsqu'elle n'a pour cause qu'un intérêt privé, *ratione personæ;* or, les tribunaux civils français sont compétents pour connaître des demandes en séparation de corps; cette *matière* rentre tout à fait dans leurs attributions, et s'ils n'en peuvent pas connaître entre étrangers, c'est à raison de la qualité seulement des personnes; donc, ces personnes peuvent renoncer au droit de proposer cette incompétence; donc, les tribunaux français ne doivent pas nécessairement eux-mêmes se déclarer incompétents (Duranton, *loc. supr. cit.*). — Je réponds que l'incompétence absolue des tribunaux français me paraît au contraire dériver, dans ce cas, de la nature même de l'affaire. Les étrangers demeurent soumis, en France, aux lois étrangères, pour ce qui concerne leur état et leur capacité; or, il me semble que la conséquence de ce prin-

cipe doit être que les questions qui concernent leur état et leur capacité, ne puissent être aussi jugées que par les tribunaux étrangers. Serait-il logique qu'une décision française pût changer ou modifier l'état personnel d'un étranger, qui, encore une fois, n'est régi que par sa loi nationale? Est-ce que les jugements, qui statuent sur l'état des personnes, ne sont pas pour ainsi dire eux-mêmes des *lois personnelles*, en ce sens que rendus en exécution des lois, ils modifient l'état de la personne envers et contre tous? (*Voy.* notre *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, n° 103.) Ajoutez les embarras de tous genres, dans lesquels l'opinion contraire jetterait les tribunaux français, obligés alors d'appliquer nécessairement les lois étrangères! Et si ces lois admettaient le divorce! et si elles admettaient la séparation de corps pour les causes les plus frivoles, faudrait-il donc les appliquer en France? Qu'arriverait-il enfin, si une décision rendue par un tribunal étranger se trouvait précisément contraire à la décision rendue par le tribunal français?

Tous ces motifs me portent à croire que l'incompétence des juges français, est, en ce cas, absolue.

Et dès lors, la même solution doit être appliquée au cas, où les étrangers auraient été autorisés par l'Empereur à établir leur domicile en France. — On pourrait objecter, il est vrai, 1° que l'étranger jouit alors *de tous les droits civils* (art. 13), et qu'au premier rang de ces droits, on doit mettre le droit d'obtenir justice des tribunaux français; 2° que la condition de cet étranger sera le plus souvent ainsi très-fâcheuse, puisqu'il se trouvera renvoyé devant les tribunaux d'un pays où il n'aura plus conservé peut-être aucun établissement. — Je ne méconnais point la force de ces objections; et ce n'est pas la première fois que nous éprouvons cet

embarras, en présence de la situation équivoque des étrangers autorisés par l'Empereur à résider en France. Mais finalement, ces étrangers étant toujours soumis à la loi personnelle de leur pays (*voy.* notre t. I, n° 266), les raisons, que je viens de présenter, s'appliquent également à eux avec toute leur force (Massol, p. 101, n° 51).

Dans tous les cas d'ailleurs, il me paraît certain que les tribunaux français sont toujours compétents pour ordonner les mesures provisoires que la situation peut rendre nécessaires (*voy.* notre *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, etc., n° 70; Comp., Metz, 15 juin 1847, C. Dev....., 1848, II, 438.)

CHAPITRE II.

QUELLES SONT LES RÈGLES A SUIVRE EN CE QUI CONCERNE LA DEMANDE EN SÉPARATION DE CORPS; — LES MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES; — L'INSTRUCTION; — LE JUGEMENT.

SOMMAIRE.

433. — La demande en séparation de corps doit être formée, instruite et jugée suivant les formes ordinaires; c'est là une règle généralement vraie, mais susceptible toutefois de plusieurs modifications.

§ I.

De la demande.

434. — La loi exige un essai de conciliation devant le président du tribunal du domicile commun.

435. — Ce mode de procéder doit-il être suivi : 1° lorsque la demande est fondée sur la condamnation de l'un des époux à une peine infamante?

436. — 2° Lorsqu'une demande en séparation est formée reconventionnellement pendant l'instance, par l'époux défendeur?

437. — Cette demande reconventionnelle n'est-elle pas même recevable pour la première fois en appel?

438. — 3° Y a-t-il lieu à l'essai de conciliation devant le président, lorsque la demande est formée par le tuteur de l'époux interdit?

439. — Les époux doivent comparaître en personne devant le président. — *Quid*, si le demandeur ne se présente pas? — *Quid*, s'il en est empêché par maladie ou autre cas de force majeure?

440. — Mêmes questions en ce qui concerne le défendeur.

441. — Le président peut-il exiger plusieurs comparutions?

442. — Peut-il même refuser absolument l'autorisation d'agir en séparation de corps pendant un certain temps?

443. — *Quid*, si les faits allégués par l'époux demandeur donnent lieu à une poursuite criminelle de la part du ministère public?

444. — Si le président ne peut pas réconcilier les époux, il rend une ordonnance qui autorise à former la demande directement devant le tribunal.

445. — Cette autorisation habilite l'époux demandeur, quel qu'il soit, à suivre son action : le mineur aussi bien que le majeur ; — la femme aussi bien que le mari.

446. — La demande en séparation de corps est de la compétence des tribunaux civils.

447. — Elle doit être portée devant le tribunal du domicile du mari. — *Quid*, si le mari change de domicile?

448. — La loi n'exige pas que la demande en séparation de corps soit rendue publique.

§ II.

Des mesures provisoires et conservatoires.

449. — Les mesures provisoires que la loi autorisait pendant l'instance en divorce, sont, en général, applicables également pendant l'instance en séparation de corps.

450. — Ces mesures concernent 1° la personne des enfants ; 2° la personne de la femme ; 3° ses intérêts pécuniaires.

451. — 1° En ce qui concerne les enfants, l'article 267 est applicable.

452. — Est-ce au président seul ou au tribunal tout entier qu'il appartient de décider à qui les enfants seront confiés?

453. — Les mesures ordonnées en pareil cas par les magistrats sont toujours provisoires, et peuvent être rétractées ou modifiées.— Il en serait de même d'un accord volontaire intervenu, sur ce point, entre les époux.

454. — Par qui ces modifications peuvent-elles être demandées?

455. — 2° En ce qui concerne la femme, le président du tribunal

peut l'autoriser à se retirer provisoirement dans une maison convenue entre les parties ou indiquée par lui.

455 *bis*. — Les ordonnances rendues, en ces sortes de matières, par le président du tribunal, sont-elles susceptibles d'appel?

456. — La femme peut-elle être autorisée à résider dans un lieu situé hors de l'arrondissement du domicile marital?

457. — Le président pourrait-il ordonner que le mari sera tenu de quitter la maison conjugale, et que la femme seule continuera d'y résider?

458. — Le tribunal peut accorder à la femme une provision pour faire face à ses besoins et aux frais du procès.

459. — Les demandes en provision peuvent être formées pour la première fois en appel.

460. — 3° Mesures que la loi autorisait, dans le cas de divorce, afin de garantir les intérêts pécuniaires de la femme.

461. — La femme peut-elle, en cas de demande en séparation de corps, requérir l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté?

462. — La femme peut-elle demander la nullité des obligations ou des aliénations consenties par le mari en fraude de ses droits? — Faut-il que les tiers soient complices de la fraude du mari?

463. — Les acquéreurs à titre onéreux seront-ils présumés de mauvaise foi, par cela seul qu'ils auront eu connaissance de la demande en séparation de corps?

464. — Le mari conserve-t-il, pendant l'instance, ses droits de chef et d'administrateur de la communauté? — Peut-il consentir des baux? — Peut-il aliéner les meubles ou les immeubles soit à titre onéreux, soit même à titre gratuit?

465. — La femme pourrait-elle être autorisée à employer d'autres mesures conservatoires que celles dont il est question dans l'article 270?

466. — La femme peut être autorisée à employer des mesures conservatoires, toutes les fois que ses intérêts sont en péril, sous quelque régime d'ailleurs qu'elle soit mariée.

467. — Le mari lui-même peut-il demander que la femme soit tenue de quitter la maison conjugale et d'aller résider ailleurs pendant le procès?

468. — Peut-il demander une provision contre sa femme?

469. — Peut-il requérir l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la femme, comme par exemple sur les marchandises de son commerce?

470. — L'autorisation du juge est-elle nécessaire à l'époux qui veut faire apposer les scellés sur le mobilier commun?

§ III.

De l'instruction.

471. — En règle générale, la demande doit être instruite suivant les formes ordinaires.
472. — Les juges peuvent de suite rejeter la demande, si elle ne leur paraît pas fondée.
473. — Peuvent-ils, en sens contraire, admettre *de plano* la demande et prononcer la séparation?
474. — L'aveu du défendeur serait-il une preuve suffisante?
475. — *Quid*, du serment soit décisoire, soit supplétoire?
476. — *Quid*, de l'interrogatoire sur faits et articles?
477. — *Quid*, de la notoriété publique?
478. — De la preuve par témoins et des présomptions. — Les enquêtes doivent avoir lieu suivant les formes ordinaires.
479. — L'article 251 est-il applicable aux demandes en séparation de corps?
480. — Suite.
481. — L'époux demandeur peut-il proposer des faits non indiqués dans sa requête au président?
482. — Peut-il encore proposer de nouveaux faits après la demande? — ou même après le jugement d'appointé en preuve? — ou même après les enquêtes? — ou même après le jugement définitif et en appel?
483. — L'article 293 du Code de procédure est-il applicable aux procès en séparation de corps?
484. — L'époux peut-il se faire un moyen contre son conjoint de ce qui se serait passé devant le président du tribunal pendant l'essai de conciliation?
485. — Le ministère public doit toujours être entendu dans les procès en séparation de corps.

§ IV.

Du jugement.

486. — Les articles 259 et 260 sont-ils applicables à la séparation de corps?
487. — L'opposition et l'appel sont soumis aux règles ordinaires.
488. — L'acquiescement ou le désistement du défendeur seraient-ils valables en cette matière?
489. — Même question en ce qui concerne le demandeur.
490. — Suite.
491. — Les affaires de séparation de corps doivent être jugées sur appel, en audience ordinaire.
492. — Le pourvoi en cassation est-il suspensif?

493. — La séparation de corps résulte du jugement même qui l'admet.
494. — Le jugement doit être publié et affiché.
495. — Renvoi en ce qui concerne l'article 308.

433. — Aux termes de l'article 307, la demande en séparation de corps sera *intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile* (joign. art. 879, Cod. de procéd.).

Il ne faut pas, toutefois, prendre trop à la lettre cette disposition, qui avait aussi pour but d'annoncer que les formes particulières de l'action en divorce (art. 234 et suiv.) ne seraient point applicables à l'instance en séparation. Mais cette instance n'était pourtant pas, même sous le Code Napoléon, de tout point soumise aux règles du droit commun; et le Code de procédure est venu, depuis, encore confirmer cette proposition.

§ I.

De la demande.

434. — Il importait d'abord d'arrêter, dès le début, ces actions irréfléchies que les époux auraient pu former dans un accès de vivacité, et sous l'impression d'un ressentiment passager. Cela était d'autant plus essentiel, que la demande, une fois engagée, met le public dans la confidence, et rend ainsi trop souvent le mal irréparable.

De là, les articles du Code de procédure ainsi conçus :

Article 875 : « L'époux qui voudra se pourvoir en « séparation de corps, sera tenu de présenter au pré- « sident du tribunal de son domicile, requête conte- « nant sommairement les faits; il y joindra les pièces « à l'appui, s'il y en a. »

Article 876 : « La requête sera répondue d'une or- « donnance, portant que les parties comparaîtront de-

« vant le président au jour qui sera indiqué par ladite « ordonnance. »

Article 877 : « Les parties seront tenues de compa- « raître en personne, sans pouvoir se faire assister « d'avoués ni de conseils. »

Article 878 : « Le président fera aux deux époux « les représentations qu'il croira propres à opérer un « rapprochement; s'il ne peut y parvenir, il rendra « ensuite de la première ordonnance, une seconde « portant qu'attendu qu'il n'a pu concilier les parties, « il les renvoie à se pourvoir, sans citation préalable « au bureau de conciliation. Il autorisera par la même « ordonnance la femme à procéder sur la demande, et « à se retirer provisoirement dans telle maison dont « les parties seront convenues ou qu'il indiquera d'of- « fice; il ordonnera que les effets à l'usage journalier « de la femme, lui seront remis; les demandes en pro- « vision seront portées à l'audience. »

Ce mode de procéder doit être, en général, toujours suivi; et l'essai de conciliation est même prescrit à peine de nullité de toute procédure ultérieure (comp. Paris, 3 juin 1854, Rigaud, Dev., 1854, II, 647).

Mais cette règle n'admet-elle pas pourtant quelques exceptions? comme par exemple :

1° Si la demande en séparation est fondée sur la condamnation de l'un des époux à une peine infamante;

2° Si elle est formée reconventionnellement par l'époux défendeur à une demande en séparation déjà intentée contre lui;

3° Si elle est formée par le tuteur d'un époux interdit.

435. — 1° L'article 261 était ainsi conçu :

« Lorsque le divorce sera demandé par la raison qu'un « des époux est condamné à une peine infamante, les

« seules formalités à observer consisteront à présenter « au tribunal de première instance une expédition « en bonne forme du jugement de condamnation avec « un certificat de la Cour d'assises, portant que ce « même jugement n'est plus susceptible d'être réformé « par aucune voie légale. »

Une opinion fort accréditée enseigne que cet article est applicable à la demande en séparation : la loi voulait aussi qu'avant la demande en divorce, une conciliation fût essayée entre les époux (art. 236-239); mais elle en exceptait le cas où cette demande reposait sur une condamnation infamante. Pourquoi en effet alors une tentative de réconciliation, puisque l'offense n'a pas été directement commise envers l'époux demandeur; puisque la faute du défendeur est irréparable et que son repentir ne saurait effacer l'infamie dont il s'est souillé; puisque enfin presque toujours ce défendeur sera détenu et dans l'impossibilité de se présenter! or, tous ces motifs sont absolument les mêmes dans le cas d'une demande en séparation de corps; et il y a d'autant plus lieu d'appliquer l'article 261, qu'il renferme non pas une disposition pénale, mais une simple forme de procéder (comp. Paris, 6 août 1840, Gibier, Dev., 1841, II, 50; Colmar, 15 juillet 1846, Oberlin, Dev., 1847, II, 196; Paris, 19 août 1847, Gastal, Dev., 1847, II, 524; Paris, 3 fév. 1852, Poupard, Dev., 1852, II, 61; Delvincourt, t. I, p. 82; Duranton, t. II, n° 586; Massol, p. 106, n° 12; Demante, t. II, n° 9 *bis*, VI.)

Il s'agit, dit-on, d'une forme de procéder.... Eh! précisément voilà bien ce qui m'embarrasse! car, d'après les articles 307 du Code Napoléon, et 879 du Code de procédure, la demande en séparation de corps *doit être intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile;* or, rien n'est plus exorbitant

que le mode de procéder introduit, pour le cas de divorce, par l'article 261. Sans doute, l'instance en séparation peut emprunter à l'instance en divorce, certaines de ses exceptions au droit commun, comme celle par exemple de l'article 251; mais c'est qu'alors les deux instances suivaient les mêmes voies, les mêmes errements. Au contraire, il s'agit ici, je le répète, d'une dérogation profonde à ces règles ordinaires, que les termes absolus des articles 307 et 879 nous commandent d'observer. L'identité des motifs ne me paraîtrait donc pas suffisante pour briser dans ce cas l'argument tiré du texte même. Eh, mon Dieu! nous l'avons reconnu tout d'abord, les dispositions de cette matière sont incomplètes et incohérentes; mais ce n'est pas un motif pour violer un texte formel, un texte *ad hoc*, et qui résout notre question même (comp. Toullier, t. II, n° 771; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 166; Massé et Vergé, t. I, p. 278; Marcadé, art. 307, n° 1; Bertin, *Chambre du conseil*, t. II, n°s 968-976; Valette, *Explicat. somm. du liv.* I *du Cod. Napol.*, p. 145.)

436. — 2° Je n'adopte pas toutefois l'opinion qui veut soumettre à l'application des articles 875 et suivants du Code de procédure, la demande reconventionnelle en séparation formée par l'époux défendeur (Massol, p. 96, n° 3). Ce qui équivaut en d'autres termes, à refuser à cet époux la faculté de demander reconventionnellement lui-même la séparation de corps; or, il me semble que cette faculté, qui résulte pour lui du droit commun, est d'ailleurs très-équitable. N'est-ce point là en effet une sorte de défense à l'action principale? (Arg. des articles 48, 49 procéd.) L'article 875 du Code de procédure n'a certainement prévu que l'hypothèse d'une première demande formée par l'un des conjoints contre l'autre; et en vérité, que

pourriez-vous espérer, aujourd'hui que le procès est flagrant, d'un nouvel essai de conciliation entre ces époux qu'on n'a pas pu réunir avant la demande? Quand le président conseillerait au défendeur de renoncer à sa demande reconventionnelle, celui-ci ne répondrait-il pas très-justement: mon conjoint n'a pas voulu renoncer à la sienne; et puisqu'il m'attaque en ce moment même, laissez-moi donc aussi me défendre! (Bourges, 24 mars 1840, C..., Dev., 1840, II, 503; Bordeaux, 4 juil. 1843, D..., Dev., 1843, II, 573; Cass., 27 mai 1846; Langlois, Dev., 1846, I, 747; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 167.)

437. — Cela me paraît si raisonnable, que j'admettrais, même en appel, cette demande reconventionnelle (arg. de l'article 464 procéd.); et je préfère, sous ce rapport, à l'arrêt contraire de la Cour d'Angers (8 avril 1840, N..., Dev., 1840, II, 411) la doctrine conforme des arrêts de la Cour de Caen (1re chambre, 4 juin 1834, Caron; 1re chambre, 14 juin 1842, Blouet; ajout. Nancy, 21 juin 1858, G..., Dev., 1858, II, 75; Nancy, 16 déc. 1859, de L..., Dev., 1860, II, 272; *voy.* toutefois Cass., 4 mai 1859, de Gourcy, Dev., 1859, I, 609; Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra cit.*)

438. — 3° Quant à la demande formée par le tuteur d'un époux interdit (supra, n° 428), le motif de l'article 875 n'existe plus; car cette demande ne devant pas être formée par l'époux lui-même, on ne peut pas lui demander d'y renoncer; et l'action ne pouvant être intentée par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille, cette garantie remplace suffisamment celle que l'article 875 ne me semble point alors pouvoir fournir (Massol, p. 157, n° 13).

439. — C'est en personne, que les époux eux-mêmes doivent comparaître devant le président.

Si le demandeur ne se présente pas, il semble ainsi

renoncer à son projet, à moins qu'une maladie ou toute autre force majeure ne l'en empêche.

Le président devrait-il, en cas de maladie justifiée par le certificat de deux docteurs en médecine ou en chirurgie, ou de deux officiers de santé, et sur la réquisition du demandeur, se transporter près de lui? M. Massol semble le décider ainsi par application de l'article 236 (p. 108, n° 14). Rien ne s'opposerait sans doute à ce qu'en pareil cas, le président se rendît au domicile des époux; et cette démarche pourrait même être quelquefois convenable et utile. Mais je ne crois pas que ce soit là rigoureusement un devoir de sa part; car l'article 236 ne s'appliquait *qu'à la demande en divorce* (comp. art. 236-239).

440. — Est-ce le défendeur qui ne comparaît pas? Si c'est à dessein, la loi n'indiquant contre lui aucun moyen de contrainte, il ne saurait arrêter ainsi l'action du demandeur; et le président, après avoir fait au demandeur les observations qu'il croira convenables, pourra rendre son ordonnance (arg. de l'article 239).— Que si le défendeur avait lui-même un empêchement, si une maladie, par exemple, le retenait dans un endroit éloigné, ne devrait-on pas surtout alors prendre quelque mesure, comme serait *une commission rogatoire*, à l'effet d'entendre ses observations? La loi, à vrai dire, ne défend ni ne commande rien à cet égard; et elle paraît dès lors s'en remettre à la prudence du président, du soin de faire ce qui sera, suivant les circonstances, possible et convenable (Cass., 28 mai 1828, Chabanne, Sirey, 1828, I, 234).

441. — C'est ainsi que le président pourrait, je crois, exiger plusieurs comparutions. Si la loi paraît n'en supposer qu'une, c'est qu'une seule suffit, et que le plus ordinairement en effet, il n'y en aura pas davantage. Mais les articles 875-878 ne me paraissent

pas s'opposer à ce que l'essai de conciliation se prolonge d'une séance à l'autre par une sorte de remise; et cette faculté peut être très-précieuse. La réconciliation allait se faire peut-être lorsque l'heure avancée ou toute autre cause a interrompu la séance. Pourquoi donc ne serait-il pas permis de la remettre au lendemain ou même à huitaine, etc.?

442. — Entendons-nous, pourtant! Je ne prétends pas, certes, conférer au président le droit de refuser absolument son autorisation pendant un certain temps, et de déclarer qu'avant l'expiration de ce temps la séparation de corps ne pourra pas être poursuivie! Le juge de paix, qui n'aurait pas réussi à concilier les parties, n'aurait pas le droit de suspendre l'action du demandeur; or, le président du tribunal est, dans ce cas aussi, magistrat conciliateur; donc, il ne pourrait pas non plus arrêter l'action, sans commettre un excès de pouvoir et un déni de justice. (Valette sur Proudhon, t. I, p. 536, note *a*, I.)

Mais autre chose est le refus d'autorisation; autre chose une simple remise, par laquelle le magistrat espère rendre sa médiation plus efficace. Cette distinction, pour être délicate, ne m'en paraît pas moins sage et juridique ; l'appel serait d'ailleurs un remède contre les abus (Pau, 18 janv. 1830, N..... Sirey, 1830, II, 183); et je pense qu'on pourrait expliquer ainsi les décisions en apparence contraires, qui ont été rendues sur ce point (Paris, 20 mai 1844, Moussaine, et 15 juillet 1844, Reblet, Dev., 1844, II, 563-565 ; Massol, p. 110, n° 15).

443. — Mais voici que les faits allégués par l'époux demandeur donnent lieu à une poursuite criminelle de la part du ministère public?

L'article 235 avait prévu ce cas : « .... L'action en « divorce restera suspendue jusque après l'arrêt de la

« Cour d'assises ; alors elle pourra être reprise sans qu'il « soit permis d'inférer de l'arrêt aucune fin de non-re- « cevoir ou exception préjudicielle contre l'époux de- « mandeur. »

Cette disposition me paraît tout à fait applicable à la demande en séparation de corps : soit parce qu'elle peut être regardée comme une application du droit commun (art. 3 inst. crim.), soit parce que les motifs sont absolument les mêmes dans les deux cas. Il ne convient pas que des faits, qui sont l'objet d'une poursuite de la part du ministère public, soient débattus en ce moment même dans un procès de séparation de corps ; et la loi n'a pas dû permettre que l'un des époux devînt ainsi le dénonciateur de l'autre. Ajoutez, d'ailleurs, que si ces faits sont déclarés constants par les juges criminels, ils devront être désormais tenus pour tels devant les juges civils. Si l'article 235 porte qu'il ne sera permis d'inférer de l'arrêt criminel aucune fin de non-recevoir contre *l'époux demandeur*, c'est qu'il suppose l'acquittement de l'époux que le ministère public avait poursuivi ; et cette disposition est alors très-juste, parce que les faits, quoiqu'ils n'aient point paru punissables, n'en peuvent pas moins être de nature à faire prononcer la séparation de corps, et parce que, en outre, l'époux demandeur n'était point partie dans le procès criminel, et n'a pas pu soutenir ses prétentions personnelles. Au contraire, l'époux défendeur était partie dans le procès criminel que le ministère public a poursuivi contre lui ! Il a donc pu se défendre ; et il a dû le faire à toutes fins, en ce sens que le ministère public représentait contre lui tous ceux qui avaient intérêt à ce que les faits fussent reconnus constants (*voy.* notre t. III, n° 419).

Ce n'est pas à dire que la séparation de corps devra toujours être nécessairement prononcée ensuite ; cela

n'est vrai qu'autant que l'arrêt criminel a prononcé contre l'époux défendeur une peine infamante ; mais, dans les autres cas, les juges du procès en séparation de corps ont encore la faculté, non pas de remettre en question la vérité des faits eux-mêmes, mais d'en apprécier la gravité et le caractère, eu égard aux conséquences spéciales que le demandeur veut en déduire devant eux (Delvincourt, t. I, p. 82, note 2; Duranton, t. II, n° 588 ; *e contra* Massol, p. 96, n° 4).

444. — Dans tous les autres cas, le président, s'il ne parvient pas à opérer un rapprochement entre les époux, rend une ordonnance portant qu'il les renvoie à se pourvoir, sans citation préalable au bureau de conciliation.

Une seconde virgule, placée à tort dans quelques éditions, après les mots : *sans citation préalable*, avait fait croire que le président du tribunal devait renvoyer les époux en conciliation devant le juge de paix; interprétation absolument inadmissible, démentie à l'avance par les orateurs du gouvernement (Locré, *Législ. civ.*, t. XXIII, p. 156) et qui violait toutes les règles de la hiérarchie judiciaire, en renouvelant devant un magistrat inférieur un essai de conciliation vainement tenté devant un magistrat d'un ordre plus élevé (Cass., 17 janv. 1822, Perrot, Sirey, 1822, I, 196; Duranton, t. II, n° 596, note 1 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 167 ; Massol, p. 108, n° 14).

445. — Cette ordonnance d'ailleurs habilite indistinctement le demandeur, quel qu'il soit, *à procéder sur la demande :*

Donc, l'époux mineur aussi bien que l'époux majeur; l'un a certainement aussi bien que l'autre le droit de demander la séparation de corps. Et quant à la forme, la loi n'exige, en cas de minorité du demandeur, ni autorisation de famille, ni assistance de curateur.

Donc, la femme aussi bien que le mari; la femme en effet n'a pas besoin d'autre autorisation que celle que l'ordonnance du président lui confère, pour procéder sur la demande devant toutes les juridictions (Toullier, t. I, n° 767; Duranton, t. II, n° 585; Massol, p. 105, n°s 9 et 11).

446. — J'ai déjà dit que cette demande est essentiellement de la compétence des tribunaux civils. Pigeau est, je crois, le seul auteur qui ait enseigné le contraire (t. II, p. 353).

447. — Elle doit être portée devant le tribunal du domicile du mari (arg. de l'article 234).

Ce tribunal me paraît être celui dans le ressort duquel le mari avait son domicile au moment où la femme a présenté sa requête au président. On objecterait en vain que l'instance n'est engagée que par la demande; la vérité est que, si le président du tribunal remplit surtout l'office de conciliateur, la loi le charge aussi, lorsqu'il ne réussit pas à rapprocher les époux, de rendre des ordonnances qui lient déjà l'instance; et il importe d'autant plus de le décider ainsi, qu'il ne faut pas donner au mari le moyen de soumettre à des retards et à des difficultés l'exercice du droit de la femme. C'est donc le cas d'appliquer la maxime : « Ubi accep- « tum est semel judicium, ibi et finem accipere debet. » (L. 30, ff. *de Jud.; voy.* notre *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, n° 353; Cass., 27 juillet 1825, Lavie, Sirey, 1825, I, 382; Paris, 7 août 1835, Béchaud, Dev., 1835, II, 493; *voy.* toutefois Massol, p. 128, n° 25; Rauter, *Cours de Procéd. civ.*, § 345, note *a*).

448. — Malgré le dissentiment de Pigeau sur ce point encore (t. II, p. 527), il faut reconnaître qu'aucun texte n'exige que la demande en séparation de corps soit rendue publique; et on doit d'autant moins

exiger ici cette publicité qu'elle pourrait rendre de plus en plus irréconciliable la guerre qui s'allume entre les époux (comp. les articles 307 C. Nap. et 879 procéd. avec les articles 866 et 880 procéd.; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Sép. de corps*, § 3, n° 10; Duranton, t. II, n° 598, note 1; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 167; Massé et Vergé, t. I, p. 278; Massol, p. 135, n° 29).

§ II.

Des mesures provisoires et conservatoires.

449. — Le Code Napoléon autorisait, pendant l'instance en divorce, l'emploi de certaines mesures provisoires, destinées à garantir les intérêts que cette instance même pouvait mettre en péril (art. 267-271).

L'analogie des situations, la nécessité indispensable de ces mesures pendant le procès en séparation de corps, ne permettaient pas de douter que le législateur, quoiqu'il ne l'eût pas dit expressément, n'eût entendu qu'elles y seraient applicables.

Aussi, le principe même de cette assimilation n'a-t-il jamais été, je crois, contesté; et les dissidences ne sont nées que sur le plus ou moins d'étendue qu'il comporte, suivant que ces mesures sont purement conservatoires, et seraient, en tout cas, même en l'absence de textes spéciaux, autorisées par le droit commun, ou qu'elles ont au contraire un caractère exceptionnel.

450. — Ces mesures sont de trois sortes. Elles concernent :

1° La personne des enfants;

2° La personne de la femme;

3° Ses intérêts pécuniaires.

451. — 1° L'article 267 est ainsi conçu :

« L'administration provisoire des enfants restera « au mari demandeur ou défendeur en divorce, à moins

« qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal, « sur la demande soit de la mère, soit de la famille ou « du ministère public, pour le plus grand avantage des « enfants. »

Que la première partie de cet article soit applicable à l'instance en séparation de corps, cela est bien clair; car elle n'est que l'application du droit commun (art. 373); et la simple demande en séparation formée peut-être très-injustement par la femme, peut encore moins suffire que la demande en divorce, pour altérer les droits du mari.

C'est dans la seconde partie de l'article que se trouve l'exception au droit commun; mais une exception si morale, si nécessaire, qu'il faut, sans hésiter, l'étendre à la demande en séparation de corps. Laisserez-vous, par exemple, la jeune fille dans ce domicile marital, souillé par la présence d'une concubine? n'importe-t-il pas de la confier alors à sa mère? (Comp. Angers, 18 juill. 1808, Dubois, Sirey, 1809, II, 117; Rennes, 31 juill. 1811, Ch..., Sirey, 1813, II, 101; Cass., 28 juin 1815, Perès, Sirey, 1815, I, 380; Duranton, t. II, n° 616; Vazeille, t. II, n° 572; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 170; Massol, p. 151, n° 1.)

452. — M. de Belleyme pense « qu'il est très-souvent nécessaire et urgent que le président statue à l'instant même sur la garde provisoire des enfants, sans attendre le jugement sur les demandes provisoires. » Et nous trouvons, en effet, une disposition de ce genre dans les modèles si précieux de ses ordonnances sur référés (t. I, p. 64.)

Il me semble toutefois que régulièrement c'est au tribunal entier que ce droit appartient. Ainsi le veut le texte de l'article 267, auquel aucune disposition ultérieure n'a apporté une dérogation semblable à celle par laquelle l'article 878 du Code de procédure a modifié

l'article 268 du Code Napoléon, en ce qui concerne la résidence provisoire de la femme. L'argument tiré de l'article 267 paraît ici d'autant plus à considérer que le mot *juge*, qui se trouvait d'abord dans le projet, a été remplacé par le mot *tribunal*, précisément pour prévenir l'équivoque (Fenet, t. XI, p. 346.) Ajoutez que la mesure, qui enlève au mari la garde de ses enfants, est en effet très-grave et très-blessante (comp. Dijon, 28 déc. 1859, Fourney, Dev., 1860, II, 269; Massol, p. 151, n° 1.)

Voilà, dis-je, ce qui me paraît devoir se faire régulièrement; mais je ne vais pas néanmoins jusqu'à refuser au président le droit de pourvoir provisoirement et sans délai à la garde des enfants, s'il y avait en effet urgence; je crois seulement que ce doit être là, autant que possible, l'exception et non la règle.

453. — C'est d'ailleurs aux magistrats qu'il appartient de statuer, en fait, pour *le plus grand avantage des enfants.*

Aussi ces sortes de décisions sont-elles toujours provisoires et peuvent-elles être rétractées et modifiées, suivant les cas, par les juges mêmes qui les ont rendues (comp. Bordeaux, 9 juin 1832, Brulo, Dev., 1833, II, 446; Paris, 5 juill. 1853, Mortier, Dev., 1853, II, 454; Cass., 9 juin 1857, Berthon, Dev., 1857, I, 590; Massol, p. 154, n° 5.)

A plus forte raison, en serait-il de même d'un accord volontaire intervenu sur ce point entre les deux époux; accord possible, je le crois (arg. de l'article 280), mais à condition aussi d'être toujours révocable (Paris, 20 nov. 1832, Faure, Dev., 1832, II, 654; Massol, p. 154, n° 2.)

454. — Le tribunal ne pouvant rien ordonner d'office, ces modifications pourraient être demandées soit par la mère, — soit par *la famille*, c'est-à-dire, non

point par un parent isolé, plus ou moins bien avisé, mais, suivant la loi du 20 septembre 1792 (§ 4, art. 2), par *l'assemblée de famille;* — par le ministère public; — et même aussi par le père, que notre article 267 n'a pas désigné, parce qu'il suppose que les enfants sont encore sous sa garde, mais qui aurait certainement le droit de veiller sur ses enfants, dont la garde lui aurait été enlevée.

455. — 2° L'article 268 est ainsi conçu :

« La femme demanderesse ou défenderesse en di-
« vorce, pourra quitter le domicile du mari pendant
« la poursuite, et demander une pension alimentaire
« proportionnée aux facultés du mari; le tribunal
« indiquera la maison dans laquelle la femme sera
« tenue de résider, et fixera, s'il y a lieu, la pro-
« vision alimentaire, que le mari sera obligé de lui
« payer. »

Il était encore évident que ces mesures provisoires devaient être également appliquées à l'instance en séparation. Maintenant que la guerre est déclarée, comment laisser en présence, dans l'intimité du foyer domestique, ces deux époux, ou plutôt ces deux adversaires, presque toujours si vivement irrités l'un contre l'autre? La sûreté personnelle de la femme ne pourrait-elle pas même être parfois compromise? Il n'était donc pas nécessaire que l'article 878 du Code de procédure civile reproduisît cette disposition; il l'a fait toutefois avec une modification :

« (Le président) autorisera par la même ordon-
« nance la femme.... à se retirer provisoirement dans
« telle maison dont les parties seront convenues, ou
« qu'il indiquera d'office. Il ordonnera que les effets
« à l'usage journalier de la femme lui seront remis;
« les demandes en provision seront portées à l'au-
« dience. »

On voit que c'est au président qui d'ailleurs ne peut refuser d'y faire droit (comp. Nancy, 17 août 1854, Noël, Dev., 1854, II, 771), et non au tribunal que l'article 878 a conféré le pouvoir d'autoriser la femme à se retirer provisoirement dans une autre maison. Cet article, d'ailleurs, ne distinguant pas si la femme est demanderesse ou défenderesse, ne déroge point, sous ce rapport, à l'article 268 du Code Napoléon; cette mesure en effet peut être, dans les deux cas, également nécessaire (Cass., 26 mars 1828, Chatellier, Sirey, 1828, I, 339; Caen, 25 août 1840, de Jackson, Dev., 1841, II, 569.)

Et je ne vois pas de motif pour admettre la différence proposée par M. Vazeille, qui n'accorde ce pouvoir au président que lorsque la femme est demanderesse, et le laisse au tribunal, lorsqu'elle est défenderesse (t. II, n° 569).

455 *bis.* — Les ordonnances rendues par le président, en ces sortes de matières, sont-elles susceptibles d'appel.

C'est là un point controversé; plusieurs décisions judiciaires ont été rendues dans le sens de la négative (comp. Paris, 2 août 1841, Carpentier, Dev., 1843, II, 473; Rouen, 3 mai 1847, Dupuy, Dev., 1848, II, 654; Rennes, 14 août 1851, P..., Dev., 1851, II, 952; Dijon, 12 août 1856, X..., Dev. 1856, II, 529; ajout. Douai, 21 juill. 1854, Coppens; et Bordeaux, 4 avril 1855, Laville, Dev., 1856, II, 116, 117).

L'affirmative nous paraîtrait néanmoins préférable, comme plus conforme aux principes du droit commun et à la protection que réclament les intérêts considérables qui se trouvent ici engagés, toutes les fois du moins que les mesures ordonnées par le président, ayant été l'objet de contestations entre les époux, son ordonnance présente, ainsi que l'a dit la Cour de cas-

sation, les caractères d'une décision rendue en matière contentieuse (comp. Paris, 15 juill. 1844, Reblet, Dev., 1844, II, 565; Limoges, 21 mai 1845, Dumont, Dev., 1848, II, 654, 655; Douai, 3 avril 1852, Milani, Dev., 1852, I, 520; Caen, 1er avril 1857, Helland, Dev., 1857, II, 570; Paris, 17 juin 1858, Delamarre, Dev., 1859, II, 45; Cass., 4 avril 1859, mêmes parties, Dev., 1859, I, 201; Dijon, 28 déc. 1859, Fourney, Dev., 1860, II, 270; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 170).

456. — Delvincourt (t. I, p. 84, note 4) approuve un arrêt de la Cour de Paris, qui a jugé que la femme ne doit pas être autorisée à résider dans un lieu situé hors de l'arrondissement du domicile marital (4 déc. 1810, Jouenne, Sirey, 1811, II, 435).

Il convient assurément, sous tous les rapports, que la femme s'éloigne le moins possible du mari, toujours intéressé à connaître ses habitudes et ses relations. La présence de la femme, d'ailleurs, peut être utile à la marche de l'instruction; qui sait même? peut-être pourra-t-elle fournir l'occasion d'un rapprochement, d'une réconciliation! Tout cela est vrai; mais tout cela pourtant ne constitue qu'une question de convenance et d'appréciation abandonnée à l'arbitrage du magistrat. Si donc la famille de la femme, si sa mère surtout demeurait hors de l'arrondissement du domicile commun, le président pourrait certainement l'autoriser à résider chez elle; le plus souvent il ferait même très-bien de le décider ainsi dans l'intérêt du mari (comp. Massol, p. 156, n° 9; Demante, t. II, n° 12 *bis*, I).

457. — Les articles 268 du Code Napoléon, et 878 du Code de procédure, supposent toujours que le mari restera dans la maison commune, et que la femme sera autorisée à se retirer ailleurs. Mais le président ne

pourrait-il pas, tout au contraire, ordonner que le mari sera tenu de quitter l'habitation conjugale, et que la femme seule continuera d'y résider?

Non, pourrait-on dire; car les textes s'y opposent, et les principes bien plus encore! Comment admettre un tel échec à l'autorité maritale! chasser le mari, le mettre, disons le mot, à la porte! mais cela est impossible (comp. Limoges, 21 mai 1845, Dumont; et Rouen, 3 mai 1847, Dupuy, Dev., 1848, II, 654 et 655; Paris, 17 juin 1858, Delamarre, Dev., 1859, II, 45).

Écoutez pourtant : cette femme, demanderesse ou défenderesse en séparation de corps, fait le commerce; elle le faisait même déjà avant son mariage, et c'est son mari qui est ainsi venu chez elle; ou bien elle ne l'a commencé, si vous voulez, que depuis le mariage; mais c'est elle qui le gère, elle-même, elle seule; elle est modiste ou lingère.... Voulez-vous enlever cette femme à son comptoir, et laisser là le mari? Cela revient à dire : voulez-vous détruire ce commerce, ruiner la femme et les enfants, et peut-être aussi le mari lui-même? Je n'hésite donc pas à croire que le président a le pouvoir d'ordonner provisoirement l'expulsion du mari, dans ces cas et autres semblables : comme si encore, par exemple, la femme victime des brutalités du mari, était dans un tel état de faiblesse qu'elle ne pût pas être transportée ailleurs. Le texte n'a prévu que le cas le plus ordinaire, et il n'est, à cet égard, que démonstratif. Quant aux principes, ils ne me paraissent pas s'opposer à l'emploi de cette mesure purement provisoire et conservatoire, ordonnée, quand les circonstances l'exigent, par le magistrat, au nom de la loi elle-même, pour le plus grand intérêt des époux (Paris, 2 août 1841, Carpentier; Tribunal de Muret, 7 janv. 1842, Denax; Tribunal de la Seine, 27

janv. 1843, Martin, Dev., 1843, II, 473; Douai, 3 avril 1852, Milani, Dev., 1852, II, 520; Douai, 6 avril 1853, Vasseur, Dev., 1855, II, 714; Paris, 13 déc. 1856, Jousseaume, Dev., 1857, II, 259; Paris, 21 janv. 1857, Belloche, Dev., 1857, II, 259; Caen, 1er avril 1857, Helland, Dev., 1857, II, 570; Dijon, 28 déc. 1859, Fourney, Dev., 1860, I, 270; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 279; Aubry et Rau, t. IV, p. 170; de Belleyme, *Ordonn. sur référés*, t. I, p. 65).

458. — Mais il ne suffit pas d'avoir pourvu à la sûreté personnelle de la femme; il faut bien aussi qu'elle ait de quoi vivre! il faut qu'elle ait de quoi satisfaire aux frais du procès en séparation! — Tel est effectivement le double objet des *demandes en provision*, qui doivent être portées à l'audience; l'article 878 du Code de procédure charge seulement le président d'autoriser la délivrance des linges et hardes nécessaires à l'usage journalier de la femme.

Il est entendu que le tribunal ne doit accorder de provision pécuniaire à la femme, qu'autant qu'elle en aura effectivement besoin. Il ne lui en serait donc pas dû, si ses biens personnels y suffisaient, comme dans le cas de séparation de biens ou de régime dotal avec des biens paraphernaux (art. 259).

459. — Les demandes en provision peuvent être d'ailleurs formées pour la première fois en appel. Elles résultent, en effet, des besoins au moment où ils se déclarent; et leur caractère même, tout provisoire et conservatoire, les affranchit de la règle des deux degrés de juridiction (Bordeaux, 3 janv. 1826, Chenaud, Sirey, 1826, II, 202; Dijon, 10 mars 1841, N..., Dev., 1841, II, 355; Merlin, *Rép.*, v° *Appel*, sect. I, § 9, n° 7, et *Quest. de droit*, v° *Appel*, § 14, art. 1, n° 18; Massol, p. 159, n° 11).

460. — 3° Enfin il était indispensable de garantir

pendant l'instance, les intérêts pécuniaires de la femme. Le Code Napoléon y avait pourvu, pour le cas de divorce, par les dispositions suivantes :

Article 270 : « La femme, commune en biens, de-
« manderesse ou défenderesse en divorce, pourra, en
« tout état de cause, à partir de la date de l'ordonnance
« dont il est fait mention en l'article 238, requérir,
« pour la conservation de ses droits, l'apposition des
« scellés sur les effets mobiliers de la communauté.
« Ces scellés ne seront levés qu'en faisant inventaire avec
« prisée, et à la charge par le mari de représenter les
« choses inventoriées, ou de répondre de leur valeur
« comme gardien judiciaire. »

Article 271 : « Toute obligation contractée par le mari
« à la charge de la communauté, toute aliénation par
« lui faite des immeubles, qui en dépendent, posté-
« rieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait
« mention en l'article 238, sera déclarée nulle, s'il est
« prouvé d'ailleurs qu'elle ait été faite ou contractée
« en fraude des droits de la femme. »

On voit que ces articles s'occupaient de la femme commune en biens, et prévoyaient trois sortes de faits frauduleux et préjudiciables que l'on devait particulièrement craindre de la cupidité ou de la vengeance du mari :

1° Les détournements des effets mobiliers de la communauté ;

2° Les obligations contractées à sa charge ;

3° Les aliénations de ses immeubles.

Ces dispositions doivent-elles être appliquées à l'instance en séparation de corps ?

461. — Et d'abord appliquerons-nous l'article 270 ?

On pourrait dire que l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté est une mesure exorbitante, qui porte atteinte aux droits du mari, tou-

jours chef sans doute, puisque nous n'en sommes encore qu'à l'ordonnance du président! une mesure très-rigoureuse aussi et presque pénale, puisque le mari, considéré désormais comme gardien judiciaire, sera contraignable par corps, et que par conséquent il n'est pas permis de l'étendre à l'instance en séparation, si différente par son caractère et par ses résultats de l'instance en divorce. Aussi M. Valette (sur Proudhon, t. I, p. 537, note *a*) déclare-t-il *très-douteuse* la solution contraire.

Cette solution pourtant est presque unanimement enseignée dans la doctrine; et surtout la pratique paraît ne s'être jamais arrêtée à ces objections. C'est qu'en effet il faut bien empêcher, dans tous les cas, que la femme soit spoliée par le mari. Ce but-là, il faut l'atteindre; il le faut absolument, je le répète. L'intérêt de la femme et de la famille, l'équité, l'intérêt public l'exigent; or, l'apposition des scellés peut être le seul moyen de faire obstacle aux soustractions et aux détournements qui seraient, sans cela, si faciles de la part du mari. — Cette mesure altère déjà ses droits! — Eh! sans doute; mais c'est l'effet même de ce procès déjà flagrant! Prenez garde que la situation n'est plus, dès ce moment, normale ni régulière. Le mari, sans doute, n'a pas perdu la puissance maritale, ni le père la puissance paternelle. Et pourtant déjà peut-être sa femme n'est plus chez lui, et ses enfants sont confiés à la mère ou à un étranger. L'apposition des scellés est une mesure, d'ailleurs, si peu pénale, qu'elle peut être employée par la femme, même défenderesse contre le mari demandeur en séparation; et quant à l'argument tiré de la contrainte par corps, dont le mari serait menacé, il est aujourd'hui inutile de le réfuter autrement qu'en rappelant l'article 19 de la loi du 17 avril 1832, d'après lequel cette contrainte n'est

jamais permise de la part de l'un des époux contre l'autre (Bruxelles, 11 août 1808, Dezangré, Sirey, 1808, II, 47; Bruxelles, 13 août 1812, Servois, D., *Rec. alph.*, v° *Séparation de corps*, t. XI, p. 907; Angers, 16 avril 1853, P....., Dev., 1853, II, 295; Proudhon, t. I, p. 537; Duranton, t. II, n° 613; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 171, 172; Massé et Vergé, t. I, p. 279; Marcadé, art. 307, n° 2; Massol, p. 160, n° 13; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 409; Demante, t. II, n° 13 *bis*, I).

462. — En ce qui concerne l'article 271, il serait encore bien plus difficile d'en contester l'application à l'instance en séparation de corps; car il n'est, à vrai dire, que l'application du droit commun. Nous croyons, en effet, qu'il faut suivre, en ce cas, les règles de l'action révocatoire consacrées par l'articles 1167. On distinguera donc, ainsi que nous l'expliquerons plus tard, entre les tiers acquéreurs à titre gratuit, et les tiers acquéreurs à titre onéreux : les premiers pourront être attaqués lors même qu'ils n'auraient pas été complices de la fraude du mari, tandis que cette complicité sera une condition nécessaire du succès de l'action contre les autres (arg. de l'article 446 C. de comm.).

463. — M. Massol enseigne que les acquéreurs à titre onéreux seront présumés de mauvaise foi, par cela seul qu'ils auront eu connaissance de la demande en séparation (p. 178, n° 24).

C'est là peut-être une conséquence d'une autre opinion de l'honorable auteur, qui pense que la séparation de biens qui résulte de la séparation de corps, rétroagit entre les époux au jour de la demande, et qui, dès lors, refuse absolument au mari le droit de consentir des aliénations depuis cette demande (p. 171, n° 20).

Mais, comme je n'admets pas le principe, je n'en admets pas non plus la conséquence. Je ne voudrais donc pas dire que le fait seul de la connaissance du procès en séparation sera nécessairement une preuve de la mauvaise foi du tiers acquéreur. Ce sera, j'en conviens, un indice très-grave; mais j'en fais toujours, pour mon compte, une question de fait abandonnée à l'appréciation des magistrats.

464. — Il me paraît résulter des articles 270 et 271, que le mari demeure toujours, pendant l'instance, le chef de la communauté, et que ses pouvoirs ne reçoivent d'autres restrictions que celles qui peuvent provenir des mesures conservatoires que la femme serait autorisée à employer.

M. Massol, toutefois, professe que le mari, dans ses rapports avec sa femme, ne peut plus désormais aliéner ni les meubles ni les immeubles; de telle sorte qu'alors même que l'aliénation serait maintenue au profit des tiers, à raison de leur bonne foi, le mari n'en est pas moins toujours responsable envers sa femme, *par cela seul qu'il consent la vente*, et sans examiner pourquoi il l'a consentie, avec ou même sans intention frauduleuse. Quand on voit la loi autoriser des mesures pour s'opposer à la vente du mobilier, comment admettre qu'elle permette l'aliénation des immeubles? (P. 177, n° 23.) Et l'auteur pense même qu'à partir de la demande en séparation, le mari ne peut plus passer des baux relativement aux biens de sa femme (p. 181, n° 29, note 1).

Je ne saurais accepter cette docrine.

Et d'abord, pour ce qui est des actes d'administration, il me semble que le mari doit conserver, d'après toutes les opinions, le droit de les faire; d'après toutes les opinions, dis-je : soit que vous pensiez que la dissolution de la communauté, qui résulte de la sépara-

tion de corps, ne rétroagit pas au jour de la demande; soit même que vous pensiez qu'elle rétroagit (arg. de l'article 1451, troisième alinéa). Il faut bien, en effet, que la communauté soit administrée; et par qui donc le serait-elle, si ce n'est par le mari qui possède, par le mari son chef encore, tant que le jugement n'est pas rendu! Là sans doute, comme ailleurs, nous devons surveiller et déjouer la fraude; mais si les actes d'administration, si, par exemple, les baux des biens communs, ou même des biens personnels de la femme, dont l'administration appartient au mari comme chef de la communauté (art. 1401-1428), si, dis-je, ces actes ont été faits à l'époque et aux conditions ordinaires, je pense qu'ils devront être, dans tous les cas, maintenus.

La question est, j'en conviens, plus délicate, en ce qui concerne les aliénations des biens de la communauté. On me dit : permettrez-vous donc au mari de disposer, soit à titre onéreux, soit même à titre gratuit, du mobilier de la communauté? Lui permettrez-vous de faire des emprunts, de délivrer des quittances, d'aliéner même les immeubles?... Mais alors la femme va être infailliblement privée de tous ses droits dans cette communauté!

Voici ma réponse :

1° Je crois que la loi, à tort ou à raison, est ainsi faite, c'est-à-dire qu'elle laisse au mari pendant l'instance en séparation, comme elle lui laissait, même pendant l'instance en divorce, le gouvernement de la communauté. La preuve en résulte soit de l'article 270, soit surtout de l'article 271, qui ne permet d'attaquer que les obligations et aliénations frauduleuses, et qui, par cela même, suppose évidemment deux choses : la première, que le mari a toujours le droit d'obliger la communauté et d'aliéner les biens qui la composent;

— la seconde, que ces obligations et aliénations doivent être respectées par la femme, lors même qu'elles seraient inintelligentes et préjudiciables, si d'ailleurs elles ne sont pas frauduleuses.

2° Mais, dit-on, voyez l'inconséquence ! Le mari ne peut pas aliéner le mobilier inventorié, et il pourra aliéner les immeubles ! La loi, qui suspend ses pouvoirs sur des biens en général moins précieux, n'aura donné à la femme aucune garantie pour les biens les plus importants ! — Je fais remarquer d'abord que c'est seulement une faculté pour la femme de requérir l'apposition des scellés et l'inventaire, et que si elle ne l'a pas exercée, les pouvoirs du mari sur les meubles ne sont nullement altérés. — Comment ! me direz-vous, il pourrait en disposer à titre gratuit? (Art. 1422.) — M. Duranton, je le sais, ne va pas jusque-là, et paraît enseigner, en droit, que les donations sont absolument prohibées (t. II, n° 615). Mais il est peut-être permis de penser que cette solution n'était qu'une conséquence du système d'abord adopté par le savant auteur, qui admettait, entre les époux, la rétroactivité, jusqu'au jour de la demande, de la dissolution de la communauté par le jugement de séparation de corps. M. Duranton, ayant depuis adopté lui-même le sentiment contraire (t. II, n° 622), il m'aurait semblé logique qu'il modifiât aussi cette conséquence. Je ne vois pas, en effet, sur quoi on pourrait se fonder pour décider, en droit et théoriquement, que le mari, dès qu'on reconnaît que ses pouvoirs continuent sans altération pendant l'instance, que le mari, dis-je, ne peut pas disposer des effets mobiliers à titre gratuit et particulier, pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit. En fait sans doute, je m'empresse moi-même de le dire, on pourra, on devra même souvent voir alors l'intention par le mari de nuire à sa femme tout en se nuisant à lui-même ; la

vengeance est aveugle! et, le plus souvent, ces sortes de donations devront être révoquées jusqu'à concurrence du préjudice que la femme pourrait en éprouver. Mais si vous supposiez, au contraire, une donation faite, aux termes de l'article 1422, dans des circonstances légitimes, et telle que le mari, dans toute autre situation, aurait pu la faire, je ne crois pas qu'elle pût être annulée par cela seul qu'elle aurait été faite depuis la demande en séparation de corps.

Il est vrai que dans le cas où les scellés et l'inventaire ont eu lieu, le mari ne peut plus désormais aliéner le mobilier; telle est du moins l'opinion générale (Bruxelles, 11 août 1808, Dezangré, Sirey, 1809, II, 47; Rennes, 3 juill. 1841, Lenoir, Dev., 1841, II, 548; Duranton, t. II, 613; Massol, p. 171, n° 20); et je crois, en effet, que l'article 270 n'impose pas au mari l'obligation alternative de représenter le mobilier ou sa valeur, mais l'obligation absolue, comme celle de tout *gardien judiciaire* (art. 1962), de représenter le mobilier en nature, sauf à répondre de sa valeur en cas d'inaccomplissement. Cela, bien entendu, sous la réserve des droits des acquéreurs de bonne foi (art. 1141, 2279), et aussi du droit pour le mari d'aliéner, avec le consentement de la femme ou avec l'autorisation de justice, ceux des meubles qui ne pourraient pas être conservés sans perte.

Je ne demande pas mieux, d'ailleurs, que de reconnaître combien le pouvoir laissé au mari de contracter des obligations et d'aliéner les immeubles, peut offrir de périls pour la femme. Mais ces périls, remarquez qu'ils existent aussi pour le mobilier, malgré les scellés et l'inventaire; car enfin le mari, en demeurant le gardien, a toujours le moyen de les soustraire, de les dissiper, et la femme peut n'avoir contre lui qu'un

recours illusoire par suite de son insolvabilité réelle, ou peut-être seulement apparente.

465. — Il est donc fort important, pour toutes les opinions, de s'enquérir si la femme ne pourrait pas pourvoir plus efficacement à la garantie de ses droits, en obtenant de la justice l'autorisation d'employer d'autres mesures conservatoires que celles dont il est question dans l'article 270. — Pourrait-elle, par exemple, demander le dépôt à la Caisse des consignations du numéraire de la communauté? — le séquestre des meubles ou des immeubles?

Direz-vous : la règle est que le mari conserve, pendant l'instance, l'administration des biens de la communauté; et l'article 270, qui permet, à certains égards, d'altérer ses droits, est une exception qu'il n'est pas permis d'aggraver. Que demande-t-on, en effet? on veut dessaisir le mari, lui enlever la possession des biens pour la confier à un tiers; or, cette prétention est précisément contraire à l'article 270 qui constitue le mari lui-même gardien judiciaire; l'article 1961 n'admet d'ailleurs le sequestre que dans trois cas, auxquels on ne peut rapporter celui qui nous occupe (comp. Liége, 13 janv. 1809, R..., Sirey, 1809, II, 211; Angers, 27 août 1817, P. N...., Sirey, 1818, II, 131; Bordeaux, 6 févr. 1850, Lachèze, Dev., 1850, II, 336).

Mais quoi! voilà donc la femme obligée d'assister tranquillement au spectacle des dilapidations et des fraudes qui vont consommer sa ruine! Le mari est sans fortune, sans profession, sans conduite. Prévoyant bien l'issue du procès en séparation de corps, il fait ses diligences; il poursuit les débiteurs; il vend les immeubles; il abat les bois de la femme; tout cela par cupidité, ou peut-être par vengeance; la femme même signale des fraudes déjà accomplies, et elle vous de-

mande d'en arrêter le cours!... voilà la situation! Eh bien! je dis qu'il n'est pas raisonnablement possible que nous n'y portions pas remède; je dis que la loi mériterait au plus haut degré le reproche d'imprévoyance, s'il était vrai qu'elle nous le défendît; mais je ne crois pas qu'elle nous le défende.

La séparation de corps emporte la séparation de biens; et on peut, à certains égards, dire que la demande de la première renferme virtuellement la demande de l'autre (art. 311); or, l'article 869 du Code de procédure autorise, dans les termes les plus généraux, *les actes conservatoires* pendant le procès en séparation de biens; donc, il peut être appliqué au procès en séparation de corps. Ce n'est pas, certes, que je veuille assimiler de tout point la séparation de biens prononcée principalement et la séparation de biens qui ne résulte que de la séparation de corps (*infra*, n°s 515, 516). Mais il me semble que cette assimilation est très-exacte dans notre hypothèse. Il est vrai que la demande en séparation de biens étant fondée sur le désordre des affaires du mari, on a dans ce cas un motif de plus de recourir aux actes conservatoires. J'en conviens; mais ces actes, ne l'oubliez pas, sont aussi dirigés contre les dilapidations et les fraudes que la cupidité ou le ressentiment peut inspirer au mari; or, ces fraudes et ces dilapidations sont, certes, autant et même plus à craindre de la part du mari contre lequel la séparation de corps est demandée. Et d'ailleurs, est-ce que l'article 869 n'est pas l'application d'une règle de droit commun (art. 1180), et, avant tout, d'une règle de prudence, de justice, de nécessité! est-il possible qu'en présence d'un danger imminent, la loi refuse d'écouter celui qui demande l'emploi d'une mesure purement conservatoire? Aussi je pense que nous devons accorder aux magistrats, en cette occasion,

une assez grande latitude. Il me semble donc qu'ils pourraient ordonner le dépôt à la Caisse des consignations ou le séquestre; car la généralité des termes de l'article 1961-2° me paraît pouvoir s'appliquer même à notre hypothèse, et je ne vois pas pourquoi ils n'autoriseraient pas même, suivant les cas, des saisies-arrêts entre les mains des tiers (Metz, 23 juin 1819, Défaux, Sirey, 1819, II, 276; Caen, 16 mars 1825, Huard, D., 1827, II, 1; Caen, 29 mai 1849, Picard, Dev., 1849, II, 692; Douai, 6 fév. 1853, Vasseur, Dev., 1855, II, 714; Angers, 16 avril 1853, P..., Dev., 1853, II, 295; Cass., 14 mars 1855, Michel, Dev., 1856, I, 655; Massol, p. 164, 169, n°s 16-18; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 172).

466. — C'est par les mêmes motifs qu'il faut décider que la femme peut recourir à des actes conservatoires, non-seulement dans le cas où elle est mariée sous le régime de la communauté légale, mais aussi lorsqu'elle est mariée sous le régime de la communauté conventionnelle (ce qui rentre, d'ailleurs, dans les termes mêmes de l'article 270), ou sous le régime exclusif de communauté, ou même sous le régime dotal, s'il y a danger pour ses biens personnels.

467. — Nous avons toujours, jusqu'à ce moment, supposé que les mesures provisoires étaient demandées contre le mari par la femme, soit demanderesse, soit défenderesse.

Est-ce donc à dire que le mari ne pourrait pas aussi, de son côté, y recourir?

Je crois qu'on opposerait encore ici vainement le silence des textes. Ces textes ont prévu le cas le plus ordinaire; mais ils ne sont pas exclusifs de la faculté, que le mari doit certainement avoir, de provoquer également, s'il y a lieu, des actes conservatoires. Ainsi le veulent, je le répète, le droit commun, la raison et l'équité.

En conséquence :

1° Le mari lui-même peut demander que la femme soit tenue de quitter la maison conjugale et d'aller résider ailleurs pendant le procès. La loi, en accordant cette faculté à la femme (art. 268 C. Nap., 878 procéd.), n'a pas pu vouloir l'interdire au mari, âgé peut-être ou infirme, et qui serait l'objet des mauvais traitements d'une femme méchante et cruelle. Il faut donc, s'il y a lieu, protéger le mari contre la femme! il ne faut pas le pousser au désespoir, et peut-être à d'extrêmes représailles! (Caen, 25 août 1840, de Jackson, Dev., 1841, II, 569; Duranton, t. II, n° 597, note 1; Vazeille, t. II, n° 570; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 173.)

468. — 2° Le mari qui n'a pas de ressources personnelles, peut demander contre sa femme une provision, soit alimentaire, soit *ad litem*, si la femme a la jouissance de tous ses biens (art. 212). *Les demandes en provision* seront portées à l'audience, dit l'article 878 du Code de procédure; ce qui paraît supposer qu'il peut en être formé de part et d'autre (Dijon, 10 mars 1841, N..., D., 1841, II, 216; Massol, p. 160, n° 12; Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra*).

469. — 3° Enfin, le mari peut requérir l'apposition des scellés sur les effets mobiliers, dont la femme se trouverait en possession dans un appartement séparé, ou l'inventaire du moins descriptif des marchandises composant le commerce qu'elle aurait été autorisée à faire. Il y a certainement alors un argument *à fortiori* à tirer de l'article 270 (comp. Angers, 16 déc. 1817, P...; Paris, 9 janv. 1823, Durandeau, D., *Rec. alph.*, t. XI, v° *Sép. de corps*, p. 908, 909; Vazeille, t. II, n° 573; Massol, p. 170, n° 19).

470. — Mais faut-il que le mari, dans ce dernier cas, obtienne l'autorisation du juge?

La même question s'élève en ce qui concerne la femme.

Je serais porté à croire que l'époux, la femme ou le mari, n'a pas besoin d'autorisation pour faire apposer les scellés. Tel me paraît être le sens du mot *requérir ;* l'urgence de cette mesure ne saurait d'ailleurs admettre de retard; et enfin, il n'y a pas lieu de craindre qu'elle envenime la situation, puisqu'elle ne peut être employée qu'après l'ordonnance du président, qui autorise l'action (comp. art. 270 C. Nap., et 878 procéd.). Ainsi l'a jugé l'arrêt précité de la Cour d'Angers. (ajout. Lyon, 1er avril 1854, Rachel, Dev., 1854, II, 587).

Et tel est aussi le sentiment de MM. Delvincourt (t. I, p. 85, note 4), Vazeille (t. II, n° 573), Massol (p. 163, n° 15, et Aubry et Rau (sur Zachariæ, t. IV, p. 171).

Je dois avouer pourtant que l'opinion contraire est aussi défendue par des autorités imposantes (Toullier, t. XIII, n° 61), et que les modèles d'ordonnances sur référés de M. le président de Belleyme supposent la nécessité de l'autorisation (t. I, p. 65).

§ III.

De l'instruction.

471. — Nous avons déjà remarqué que la demande en séparation de corps doit être instruite dans les formes établies pour les autres demandes (art. 307 C. Nap., 879 procéd.). Il suffit donc de se référer ici au droit commun de la procédure; je ferai pourtant quelques observations.

472. — Et d'abord, il est certain que les juges peuvent de suite, et sans autre instruction, rejeter la demande, si la cause sur laquelle elle est fondée n'est point de nature à entraîner la séparation de corps, ou si les faits, dont l'appréciation leur appartient souve-

rainement, ne sont pas pertinents (art. 253, 324, etc., C. procéd.; Cass., 17 déc. 1839, L..., D., 1840, I, 68).

473. — Les juges pourraient-ils, en sens contraire, admettre *de plano* cette demande et prononcer la séparation? oui, sans doute; mais à la condition, bien entendu, que la demande sera, dès à présent, légalement justifiée; comme si elle avait pour cause la condamnation de l'un des époux à une peine infamante (art. 261), ou des injures, ou tout autre fait dont la preuve serait actuellement acquise par des pièces présentées et non suspectes.

474. — Mais l'aveu du défendeur ne saurait être considéré, à lui seul du moins, comme une preuve légalement suffisante; car la séparation de corps ne peut point avoir lieu par consentement mutuel (art. 307); car l'article 870 du Code de procédure déclare qu'en matière de séparation de biens, l'aveu du mari ne fera pas preuve, lors même qu'il n'y aurait pas de créanciers. Or, il y a absolument mêmes motifs pour appliquer à la séparation de corps cet article, qui n'est, en ces sortes d'instances, qu'une conséquence inévitable de la règle qui prohibe la *séparation volontaire* (comp. art. 307, 311 et 1443). Tel était notre ancien droit (Pothier, *du Cont. de mar.*, n° 519); et malgré le dissentiment de Toullier (t. II, n° 759), telle est aussi, depuis le Code Napoléon, l'opinion générale (comp. Cass., 11 frimaire, an XIV, Buniva, Sirey, 1806, I, 97; Cass., 6 juin 1853, Guyet, Dev., 1853, I, 708; Locré, *Législ. civ.*, t. V, p. 280; Proudhon, t. I, p. 534; Duranton, t. II, n° 602; Vazeille, t. II, n° 564; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 159; Demante, *Progr.*, t. I, n° 268; Massol, p. 114, n° 18.)

475. — Par conséquent, le serment décisoire ne saurait être déféré en matière de séparation de corps. Si généraux que paraissent les termes de l'article 1358,

il faut pourtant reconnaître que le serment décisoire est un mode de preuve tout à fait spécial, qui constitue entre les parties une sorte de transaction, dont l'effet est de dessaisir les magistrats et de constituer l'une des parties juge elle-même, pour ainsi dire, du procès (L. 2, ff, *de Jurejurando*); or, cette transaction est impossible dans le sujet qui nous occupe (art. 6, 307). Ajoutez que les dispositions qui règlent les *preuves des obligations et du payement*, se réfèrent surtout aux contestations sur des intérêts pécuniaires, et qu'il ne faut les appliquer qu'avec réserve et discernement aux questions d'état (Grenoble, 19 juillet 1838, R..., Dev., 1839, II, 415; Toullier, t. X, n° 378; Duranton, t. XIII, n° 574.)

On pourrait éprouver quelque doute en ce qui concerne le serment supplétoire (art. 1366), qui ne procède pas de la convention des parties, et qui, sous aucun rapport, ne présente, en effet, les mêmes dangers. Pourtant, ne serait-il pas plus logique aussi de le déclarer inadmissible? L'adhésion volontaire de l'un des époux n'est-elle pas toujours ici, à quelque degré que ce soit, illégale? (Art. 307). Si la preuve du demandeur n'est pas complète, n'est-il pas rationnel et moral de rejeter alors la demande? Remarquez d'ailleurs que presque toujours, en ce cas, le juge ne pourrait déférer le serment qu'au demandeur; car il n'est pas possible que le défendeur soit appelé à prêter le serment sur les faits coupables ou honteux qu'on lui impute; or, ce serait là une fâcheuse inégalité de position judiciaire entre les parties (Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Serment*, § 2, art. 2, n° 6; Massol, p. 125, n° 24; *supra*, n° 420.)

476. — Il me semble toutefois qu'on n'en doit pas conclure que l'un des époux ne puisse pas chercher dans l'interrogatoire sur faits et articles de l'autre

époux, des moyens de preuve, tirés alors non point de son aveu volontaire, mais de ses dénégations même, plus ou moins embarrassées, mensongères et contradictoires. C'est à la sagacité des magistrats qu'il appartient de les apprécier (art. 324 procéd.; Caen, 2e chambre, 31 juillet 1819, de Bonneval).

477. — Quant à ce qu'on appelle vaguement *la notoriéte publique*, elle n'est pas, en droit, un mode de preuve, quoiqu'elle puisse être, en fait, pour les magistrats, un puissant élément de conviction (Paris, 9 mars 1838, L..., Dev., 1838, II, 255; *voy.* pourtant art. 1442.)

478. — La preuve testimoniale et les présomptions (art. 1341, 1353) sont, en ces procès, les preuves les plus usitées et souvent, en effet, les seules qui puissent éclairer les juges (Bordeaux, 27 fév. 1807, F..., Sirey, 1807, II, 163.)

Il faut d'ailleurs appliquer aux enquêtes la règle établie par les articles 307 du Code Napoléon et 879 du Code de procédure; elles doivent donc être faites comme en matière ordinaire et suivant les formes du droit commun (Colmar, 22 avril 1807, Dyrion, D., *Rec. alph.*, t. XI, v° *Sép. de corps*, p. 906; Duranton, t. II, n° 606; Carré, t. III, n° 2982; Zachariæ, t. III, p. 366.)

479. — Toutefois, l'article 251 du Code Napoléon avait fait, pour l'instance en divorce, une exception à l'article 283 du Code de procédure :

« Les parents des parties, à l'exception de leurs « enfants et descendants, ne sont pas reprochables « du chef de la parenté, non plus que les domestiques « des époux, en raison de cette qualité; mais le tri- « bunal aura tel égard que de raison aux dépositions « des parents et des domestiques. »

On a toujours appliqué cet article aux demandes en

séparation de corps, et très-justement : soit parce que l'idonéité légale des témoins ne concerne pas les formes extrinsèques de l'instruction, mais bien plutôt le fond du droit, et que dès lors les articles 307 du Code Napoléon et 879 du Code de procédure ne s'y opposent pas ; soit par identité absolue de motifs, puisque les parents et les domestiques sont des témoins presque nécessaires des querelles d'intérieur et de ces scènes de ménage, qui jouent toujours un si grand rôle dans ces procès; soit enfin parce que le Code Napoléon, offrant aux époux le choix entre le divorce et la séparation, qu'il admettait pour les mêmes causes, a dû nécessairement leur offrir aussi, dans les deux cas, les mêmes moyens de preuve, et qu'il serait inouï qu'un mode de preuve recevable dans un procès en divorce, ne l'eût pas été dans un procès en séparation dont les suites étaient moins graves, et que la loi elle-même ne soumettait pas aux formalités exceptionnelles qu'elle avait imposées au divorce (Paris, 12 déc. 1809, D..., Sirey, 1815, II, 202; Cass., 8 mai 1810, Pascau, Sirey, 1810, I, 229; Amiens, 5 juill. 1821, Jaud..., Sirey, 1821, II, 237; Rennes, 22 janv. 1840, D..., Dev., 1840, II, 149; Bordeaux, 2 août 1842, *J. du P.*, 1842, t. II, p. 698; Douai, 16 août 1853, Boyart, Dev., 1854, II, 135; Duranton, t. II, n° 607; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 159; Massol, p. 116, n° 19).

480. — Est-il vrai que l'article 251 du Code Napoléon déroge complétement à l'article 283 du Code de procédure, et *qu'à l'exception des descendants des parties, tous les autres témoins peuvent être entendus...?*

Malgré l'arrêt de la Cour de Cassation du 8 juillet 1813 (Vergue, Sirey, 1815, I, 128), je ne saurais admettre cette doctrine : l'article 283 est la règle générale qui doit être observée dans tous les cas où la loi elle-même n'y a pas dérogé; or, l'article 251 du Code

Napoléon n'y déroge qu'en partie, et en ce qui concerne seulement les parents et les domestiques; le texte prend même particulièrement le soin de limiter cette exception.... pour les parents, *du chef de la parenté*.... pour les domestiques, *en raison de cette qualité;* donc, l'article 283 demeure le droit commun pour toutes les autres causes de reproches. Vous voulez entendre, comme témoin, le donataire de l'un des époux ! mais alors vous entendrez donc aussi l'individu qui aurait donné des certificats relatifs au procès!... l'individu en état d'accusation, ou même condamné à une peine afflictive ou infamante! Est-ce que les motifs qui font repousser de tels témoignages ne sont point absolus? (Duranton, t. II, n° 607, note 1; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 158, 159.)

Ce qui me paraît vrai seulement, c'est que la loi admettant le témoignage des ascendants, ceux-ci pourraient n'être pas reprochables, par le motif qu'ils seraient héritiers présomptifs ou qu'ils auraient bu et mangé avec la partie, et à ses frais, depuis le jugement qui a ordonné l'enquête. C'est là, en effet, une conséquence naturelle de l'exception même introduite par la loi; car les ascendants se trouveront très-souvent dans ces conditions (Massol, p. 121, n° 20).

481. — Personne ne conteste que l'époux demandeur ne soit recevable à proposer, après sa requête introductive, des faits qu'il n'aurait pas indiqués dans cette requête. La loi, en effet, n'attache aucune déchéance à cette omission; et il serait d'autant moins permis d'en prononcer, que l'article 875 n'exige, dans la requête, qu'une indication sommaire des faits, et que d'ailleurs cette omission ne présente aucun inconvénient.

482. — Mais les parties peuvent-elles encore proposer des faits après la demande? — ou même après le

jugement d'appointé en preuve? — ou même après les enquêtes? — ou même après le jugement définitif et en Cour d'appel?

Faut-il faire une distinction : refuser la preuve des faits anciens antérieurs à la demande ou au jugement, et déjà connus de l'époux à cette époque? — admettre la preuve des faits nouveaux et postérieurs, ou même aussi des faits anciens, mais que l'époux avait d'abord ignorés?

Sur tous ces points, les opinions sont divergentes.

Il en est qui, une fois que le jugement d'appointé en preuve a été rendu, ne veulent plus admettre la preuve d'aucun fait, soit ancien, soit même nouveau (arg. de l'article 249; Bruxelles, 27 floréal an XII, Menus, Sirey, 1805, II, 517; Poitiers, 21 janv. 1808, B..., Sirey, 1813, II, 300; Paris, 23 avril 1806, Arson, Sirey, 1806, II, 248; Rouen, 12 janv. 1842, Martin, Dev., 1842, II, 373; Duranton, t. II, nos 600, 601; Carré, t, I, n° 966, et t, III, n° 2966).

Cette doctrine a du vrai sans doute : la loi a tracé un certain ordre pour l'instruction des affaires, et il importe de le maintenir le plus possible. C'est ainsi que l'article 255 du Code de procédure exige que le jugement qui ordonnera l'enquête, contienne les faits à prouver; d'où l'on est fondé à conclure qu'en règle générale il n'y a pas lieu d'admettre la preuve des faits qui n'auraient pas été d'abord présentés, et qui, par cela même, seraient le plus souvent suspects.

Mais après tout, la loi ne formule point précisément, à cet égard, de déchéance; bien plus, elle accorde aux juges le libre pouvoir d'ordonner eux-mêmes d'office la preuve des faits qui leur paraîtraient concluants (art. 254) Il me semble donc que c'est à leur prudence qu'il appartient d'apprécier si la preuve des faits anciens ou des faits nouveaux est ou n'est pas recevable,

soit après le jugement d'appointé en preuve, soit après les enquêtes, soit même en appel. Ils prendront en considération les circonstances, la gravité des faits nouvellement produits, leur vraisemblance plus ou moins grande, et les motifs qui ont pu empêcher la partie de les produire plus tôt. Ces motifs, en effet, peuvent être fort légitimes... Le fait était très-grave! l'époux en avait d'autres encore, et il espérait n'avoir pas besoin de divulguer celui-là; mais voilà que son conjoint lui-même l'y force par l'audace de ses mensonges! — ou bien les preuves de ce fait lui manquaient, et ce n'est que depuis qu'il les a acquises; — ou même il ignorait le fait antérieur; — ou enfin ce fait s'est passé depuis l'enquête ou même depuis le jugement (arg. de l'article 382 procéd.); nous sommes là devant le tribunal ou devant la Cour; et le mari prodigue à sa femme les imputations les plus outrageantes; il l'accuse publiquement d'adultère; ou la femme affirme que le mari a installé à sa place une concubine dans la maison commune... Et vous ne voudriez pas qu'on admît la preuve de ces faits? mais il n'y en a pas de plus décisifs! mais ils sont flagrants! mais c'est dire, en d'autres termes, qu'il faut former une autre demande et recommencer un nouveau procès. Or, cela serait déplorable, et la loi, certes, ne le commande pas; car ce sont là seulement des moyens nouveaux dont il est toujours permis aux juges d'autoriser la preuve, même en appel (art. 464 procéd.; comp. Cass., 25 mai 1807, Lapourielle, Sirey, 1807, I, 484; Metz, 8 juill. 1834, Martinet, Sirey, 1825, II, 331; Poitiers, 18 fév. 1825, Maurin, Sirey, 1827, II, 261; Bruxelles, 14 oct. 1830, D..., Dev., 1831, II, 60; Rennes, 21 août 1833, D..., Dev., 1834, II, 285; Cass., 15 juin 1836, d'Étruchat, D., 1836, I, 354; Dijon, 29 mai 1845, Raviaud, Dev., 1846, II, 173; Amiens, 9 août 1859, arrêt cité dans une dissertation de

M. Paringault, *Revue pratique de droit français*, 1860, t. IX, p. 193 et suiv.; Vazeille, t. II, n° 582; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 157; Massol, p. 111, n° 16).

483. — Ces principes sont d'autant plus applicables aux demandes en séparation de corps, qu'elles constituent des matières d'ordre public, dans lesquelles les magistrats ont surtout le droit d'employer d'office tous les moyens propres à découvrir la vérité; et c'est ainsi que l'arrêt précité de la Cour de Dijon du 29 mai 1845 a encore jugé que l'article 293 du Code de procédure, qui défend de recommencer une enquête nulle, n'est pas ici nécessairement applicable (Massol, p. 116, n° 19, note 1).

484. — Il est très-regrettable, assurément, de voir souvent le procès en séparation de corps devenir ainsi lui-même la cause de cette séparation par les mauvais procédés, les injures et les diffamations, qui en sont, hélas! le triste cortége! mais n'est-ce point là un mal inévitable?

Je ne penserais pas, toutefois, que les explications qui ont lieu devant le président, lorsqu'il essaye de concilier les époux, pussent fournir à l'un d'eux des griefs contre l'autre pour le procès en séparation. Ce n'est pas précisément parce que cette conférence est secrète; car la publicité de l'injure n'est pas nécessaire. Mais il me semble que ce magistrat ne saurait être appelé comme témoin pour révéler des faits dont ses fonctions lui commandent le secret, et dont aucun procès-verbal ne paraît devoir être dressé. La preuve n'en serait donc pas possible; et je m'en félicite, car il est très-bon et très-utile que les époux ne craignent pas, en ce moment, de se compromettre, et s'expliquent avec le plus d'abandon possible (Paris, 9 mars 1838, L.., Dev., 1838, II, 255; Massol, p. 113, n° 17).

485. — C'est enfin parce que cette matière inté-

resse l'état des personnes et l'ordre public, que le procureur impérial doit toujours être entendu (art. 83 et 879 procéd.).

§ IV.

Du jugement.

486. — D'après le résultat de l'instruction, les juges admettent ou rejettent la demande en séparation de corps.

Mais pourraient-ils surseoir à la prononciation du jugement définitif? En d'autres termes, les articles 259 et 260 sont-ils applicables à la séparation de corps?

Article 259 : « Lorsque la demande en divorce aura « été formée pour cause d'excès, de sévices ou d'in- « jures graves, encore qu'elle soit bien établie, les « juges pourront ne pas admettre immédiatement le « divorce. Dans ce cas, avant de faire droit, ils autori- « seront la femme à quitter la compagnie de son mari, « sans être tenue de le recevoir, si elle ne le juge à « propos; et ils comdamneront le mari à lui payer une « pension alimentaire, proportionnée à ses facultés, si « la femme n'a pas elle-même des revenus suffisants « pour fournir à ses besoins. »

Article 260 : « Après une année d'épreuve, si les « parties ne sont pas réunies, l'époux demandeur « pourra faire citer l'autre époux à comparaître au tri- « bunal, dans les délais de la loi, pour y entendre pro- « noncer le jugement définitif, qui, pour lors, admet- « tra le divorce. »

Quelques auteurs ont appliqué ces dispositions à la demande en séparation de corps (Carré, *Lois de la procéd.*, t. III, n° 2985; Favard, *Rép.*, v° *Séparation entre époux*, t. V, p. 113; Massol, p. 132, n° 27).

Et je reconnais, sans difficulté, combien cette assi-

milation m'aurait aussi paru désirable. Quel était, en effet, le but des articles 259 et 260? c'était de laisser aux époux, si je puis dire ainsi, le temps de la réflexion. Remarquez que ce pouvoir n'était accordé aux juges que lorsque la demande en divorce était formée pour cause d'excès, de sévices ou d'injures graves, c'est-à-dire pour une de ces causes qui, même *bien établie* au moment de la demande, pouvait ensuite recevoir du temps cette atténuation et cet oubli qu'il amène! Eh bien! la loi permettait alors de prononcer une sorte de trêve, pendant laquelle les passions pourraient se calmer, et les bons conseils s'entremettre entre les époux. Pourquoi donc cette sage disposition ne serait-elle pas applicable à la séparation de corps? Est-ce que le divorce et la séparation n'ont pas été, dans la pensée des rédacteurs du Code Napoléon, deux institutions parallèles? Et aujourd'hui surtout qu'il est reconnu que l'article 299 est applicable à la séparation de corps, ne serait-il pas de plus en plus logique et utile d'y appliquer aussi les article 259 et 260? — On a dit qu'il n'y a aucun inconvénient à prononcer de suite la séparation, puisque les époux, s'ils le veulent, seront toujours libres de se réunir; tandis que le divorce brisant irrévocablement le lien du mariage (art. 295), la loi devait y mettre bien plus de ménagements! Je ne nierai point assurément cette différence; mais est-il vrai qu'elle soit décisive dans la question qui nous occupe? d'abord, il paraît bien certain que les auteurs du Code Napoléon n'ont pas considéré la séparation de corps comme un état passager et provisoire, mais comme une sorte de divorce, limité beaucoup plus dans ses effets que dans sa durée probable. La réconciliation des époux, ils ne l'ont guère espérée! (Locré, *Législ. civ.*, t. V, p. 250-257) et, en tout cas, ils ont frappé l'époux coupable dans le cas de séparation aussi rudement que

dans le cas de divorce. Or, c'était là sans doute une raison suffisante pour donner également aux juges, dans le cas de demande en séparation, le pouvoir si utile que leur conféraient les articles 259 et 260.

C'est donc à regret que je me vois forcé de reconnaître que le jugement de séparation de corps ne saurait être ainsi différé : aux termes de l'article 307, « la « demande en séparation de corps sera intentée, in- « struite et jugée de la même manière que toute autre « action civile...» *Jugée* : vous l'entendez! or, précisément les articles 259 et 260 constituaient une exception exorbitante à la manière dont les affaires doivent être jugées ; et la preuve en est qu'ils sont placés dans la section 1re du chapitre II, intitulée : *Des formes du divorce pour cause déterminée* ; donc, on ne pourrait pas, sans violer le texte formel de l'article 307, les étendre à la séparation de corps. Et voilà bien pourquoi nous n'avons pas cru davantage qu'il nous fût permis d'y appliquer l'article 261 (*supra*, n° 435). Ajoutez que le législateur a pu être touché de cette différence, que le divorce, une fois prononcé, opérait l'irréparable dissolution du mariage, tandis que la séparation laisse aux époux toujours la faculté de se réunir (Montpellier, 1er prairial an XIII, Trotignon, Sirey, 1813, II, 300; Bastia; 2 août 1824, Levie, D., 1825, II, 214; Rennes, 21 fév. 1826, D., Sirey, 1828, II, 167 ; Duranton, t. II, n° 610 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 169 ; Massé et Vergé, t. I, p. 278; Demante, t. II, n° 16 *bis;* Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.* p. 144).

C'est à regret, je le répète, que je propose cette solution. Notre ancienne jurisprudence n'avait pas, sur ce point, des règles si absolues. Elle accordait, au contraire, aux magistrats une double faculté : 1° la faculté, dont nous parlons ici, celle de surseoir au

jugement de séparation pendant un certain temps ; et l'usage était alors d'ordonner que la femme se retirerait, pendant ce temps, dans un couvent où le mari pourrait la voir ; 2° bien plus, la faculté de prononcer la séparation elle-même, à temps, *ad tempus*, pour trois ans, pour quatre ans, pour cinq ans, etc.... (Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Séparation de corps*, § 3, n°s 11, 12).

Je ne crois pas que nous ayons rien de semblable aujourd'hui ; et peut-être y a-t-il là, dans nos lois actuelles, une lacune. Ne serait-il pas utile de rétablir ces sortes de séparations temporaires ? On pourrait craindre, je le sais, de les rendre ainsi trop fréquentes, et de porter atteinte au lien du mariage et à l'esprit de famille déjà, par malheur, si affaibli parmi nous. Mais qui ne sait combien de ménages sont momentanément troublés par des causes assez graves pour que l'époux offensé ne puisse pas dévorer l'injure encore toute vive ! combien d'autres ne sont qu'une suite de querelles et de rixes intolérables, sans qu'il y ait pourtant, au fond de tout cela, de cause véritablement irrémédiable ! Est-ce qu'on n'aurait pas pu autoriser les magistrats à prononcer une sorte de trêve, par mesure, je dirais presque, de haute police ? et ne serait-il pas vrai que pour n'avoir pas voulu de séparations provisoires, on a augmenté considérablement le nombre des séparations définitives ?

Quoi qu'il en soit, au reste, de cette observation de mœurs et de ce point de *législation*, les juges ne peuvent certainement pas aujourd'hui prononcer la séparation *ad tempus ;* et je crois même que rigoureusement ils ne pourraient pas, en rejetant la demande en séparation formée par la femme, lui permettre de ne pas retourner, pendant un certain délai, avec son mari (Pothier, *du Contr. de mar.*, n° 521). Du moins, ne

devraient-ils accorder cette faculté qu'indirectement et comme mode d'exécution de leur jugement.

487. — Si le jugement est par défaut, l'opposition n'est recevable qu'autant qu'elle est formée dans le délai ordinaire.

Il en est de même de l'appel.

La loi n'a pas, en effet, tracé de règles spéciales, et il n'est certainement pas nécessaire que la cause soit jugée contradictoirement, ou subisse les deux degrés de juridiction. Si le défendeur surtout fait défaut, c'est un motif de plus, sans doute, pour les juges, d'examiner si les conclusions du demandeur *se trouvent justes et bien vérifiées* (art. 150); mais on ne pouvait pas, non plus, subordonner le droit du demandeur à l'inertie du défendeur. Il faut bien que tous les procès aient un terme! (Art. 263).

488. — Le défendeur peut donc, en laissant expirer le délai de l'appel, acquiescer ainsi tacitement au jugement qui prononce la séparation de corps contre lui.

En conclurons-nous qu'un acquiescement exprès de sa part serait valable et devrait avoir pour effet de le priver de la faculté de l'appel, soit qu'il ne l'eût pas encore interjeté, soit qu'il eût notifié son désistement à un appel déjà formé?

On pourrait dire que, dans l'un comme dans l'autre cas, la séparation résulte alors du jugement lui-même, et que l'acquiescement ou le désistement du défendeur ayant précisément pour effet de lui conférer l'autorité de la chose irrévocablement jugée, on ne saurait voir là une séparation volontaire, ni en droit, ni en fait. L'article 307, d'ailleurs, déclare lui-même que la demande en séparation de corps sera *jugée* comme toute autre demande en matière civile; d'où il suit que toutes les règles du Code de procédure, sans en excepter

le désistement, y sont applicables (Comp., Aix, 14 déc. 1837, Gas, Dev., 1838, II, 200; Cass., 21 août 1838, Gas, Dev., 1838, I, 688; Paris, 19 janv, 1843, *J. du P.*, t. I, 1843, p. 345; Poitiers, 16 janv. 1849, Corderoy, Dev., 1851, II, 35; Pau, 7 janv. 1851, Paleton, Dev., 1851, II, 36; Cass., 11 mai 1853, Chabot, Dev., 1853, I, 574; Orléans, 5 nov. 1853, Delaborde, Dev., 1853, II, 241; Colmar, 26 janv. 1854, de Lupel, Dev., 1854, II, 506; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 168).

Pourtant, nous avons reconnu que l'article 307 s'opposait, non pas seulement à ces traités volontaires qui voudraient opérer à eux seuls la séparation de corps, mais à tout aveu, à toute adhésion spontanée que le défendeur donnerait à la demande formée contre lui (*supra*, n° 474). C'est qu'il s'agit, en effet, d'une matière d'ordre public, dans laquelle l'acquiescement ne me paraîtrait pas admissible; nous savons d'ailleurs que, lorsque l'article 307 déclare que la demande en séparation sera *jugée* suivant les formes ordinaires, il a eu principalement pour but d'écarter de cette instance les formes exceptionnelles de la demande en divorce; mais je ne crois pas qu'il ait songé à résoudre notre question actuelle. Autre chose est en effet la simple expiration du délai de l'appel; autre chose l'acquiescement exprès ou le désistement d'un appel déjà formé. La loi accorde au défendeur un certain temps pour remettre en question la chose jugée contre lui en première instance; il faut bien, comme je viens de le dire, que ce temps soit limité; et l'expiration du délai sans appel fait que jamais le jugement n'a perdu son autorité. Mais il en est tout autrement lorsqu'un appel a été formé : 1° il est alors possible d'en avoir raison autrement que par un désistement; c'est d'obtenir un arrêt; 2° le jugement qui avait prononcé la séparation avait été remis en question, et la cause était

tout entière devant la Cour impériale. Or, s'il en est ainsi du désistement d'un appel formé, il faut appliquer la même décision à l'aquiescement pur et simple; car le défendeur ne peut pas renoncer au droit que la loi lui accorde de contester la décision qui prononçait contre lui, peut-être sans cause, la séparation de corps (comp. Cass., 17 août 1807, Mercier, Sirey, 1807, I, 513; Cass., 2 janv. 1823, Pion-Noirie, Sirey, 1823, I, 88; Caen, 15 déc. 1826, Bénard, D., 1827, II, 95; Paris, 29 mai 1840, journal *le Droit*, du 23 mai 1840; Douai, 31 juill. 1847, Traullé, Dev., 1848, II, 39; Caen, 28 mai 1849, Bossard, Dev., 1850, II, 503; comp. aussi Bordeaux, 3 juill. 1829, Barbot, Sirey, 1829, II, 298; Poitiers, 5 août 1832, Deshoulières, Dev., 1832, II, 205; Paris, 10 fév. 1836, N..., Dev., 1836, II, 365; Merlin, *Rép.*, v° *Appel*, sect. I, § 1, n° 11; Toullier, t. II, n° 607; Duranton, t. II, n° 608; *voy.* aussi *Revue critique de jurisprudence*, 1851, p. 132).

489. — Ces motifs annoncent assez que l'acquiescement ou le désistement du demandeur qui aurait succombé en première instance, serait au contraire valable. La réconciliation des époux, ou même la renonciation de l'époux demandeur à son action, est toujours très-favorable (Paris, 22 juill. 1813, D., *Rec. alph.*, t. V, p. 160).

490. — Je crois même qu'en ce qui concerne le défendeur, les principes qui précèdent ne devraient être appliqués qu'au jugement définitif. L'acquiescement à un jugement interlocutoire, qui aurait ordonné l'enquête, surtout s'il résultait de l'exécution de ce jugement sans réserves, cet acquiescement, dis-je, paraîtrait devoir être maintenu; car ce sont là des mesures d'instruction, très-importantes sans doute, et qui peuvent avoir beaucoup d'influence sur le fond, mais enfin qui ne le décident pas encore, et qui lais-

sent d'ailleurs à la partie toute la liberté de sa défense (Massol, p. 125, n° 23).

491. — Les affaires de séparation de corps doivent être jugées sur appel en audience ordinaire. Telle est la disposition de l'ordonnance royale du 16 mai 1835 (Dev., 1835, II, 275), qui modifie, en ce point, l'article 22 du décret du 30 mars 1808, d'après lequel les contestations relatives à l'état civil des citoyens, doivent être jugées par les Cours impériales en audience solennelle.

Ce fut pendant longtemps une question débattue, que celle de savoir si cet article 22 s'appliquait aux instances en séparation de corps. La négative avait même d'abord prévalu, par le motif que la séparation de corps, ne brisant pas le lien du mariage, n'est qu'une mesure de bon ordre, qui ne change pas l'état civil des époux (Rouen, 9 mars 1808, N..., Sirey, 1815, II, 201; Cass., 26 mars 1828, Châtellier, Sirey, 1828, I, 339; Cass., 28 mai 1828, Chabannes, Sirey, 1828, I, 234).

En 1835, la Cour de Cassation revint elle-même sur sa jurisprudence antérieure :

« Attendu que, si la séparation de corps n'opère pas la dissolution du mariage, cette séparation a néanmoins pour effet d'en relâcher le lien, de modifier les rapports réciproques des époux, d'altérer l'autorité maritale et quelquefois l'autorité paternelle. » (4 mars 1835, Detroyes, Dev., 1835, I, 166.)

Mais cette nouvelle jurisprudence avait l'inconvénient très-grave, par suite du grand nombre des affaires de séparation de corps, *de ralentir d'une manière fâcheuse l'administration de la justice;* et voilà pourquoi fut rendue l'ordonnance royale précitée, qui, considérant le décret du 22 mars 1808 comme un règlement d'administration publique, l'a modifié sans le

concours des Chambres. On en a toutefois, mais sans succès, contesté la légalité (Cass., 11 janv. 1837, Barberaud, Dev., 1837, I, 640; Cass., 26 mars 1838, Boisnard, Dev., 1838, I, 545; Cass., 19 juill. 1852, Ridez, Dev., 1852, I, 812).

492. — Le pourvoi en cassation peut d'ailleurs avoir lieu contre la décision, qui prononce sur la demande en séparation de corps (*voy.* pourtant *supra*, n° 386). Mais ce pourvoi ne serait pas suspensif comme en matière de divorce (art. 263); le texte de l'article 307 s'y oppose, et il est facile de comprendre la raison de cette différence; car le divorce brisait irrévocablement le lien du mariage (Duranton, t. II, n° 605; Zachariæ, t. III, p. 368).

493. — La séparation de corps résulte du jugement même qui la prononce; et la loi n'exige pas, comme en matière de divorce, que les époux se présentent devant l'officier de l'état civil pour la faire prononcer (art. 264).

494. — Toutefois, le jugement doit être publié et affiché dans les formes prescrites par les articles 872 et 880 du Code de procédure, sans distinguer si le mari est ou n'est pas commerçant (ajout. art. 1445 C. Nap., et 66 C. de comm.). C'est là une condition essentielle pour que la séparation de biens, qui résulte de la séparation de corps, puisse être opposable aux tiers (art. 873 procéd. et 66 C. de comm.); et les termes absolus de la loi ne permettraient pas de distinguer entre les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs à la séparation (Cass., 14 mars 1837, Mandron, Dev., 1837, I, 318; Duranton, t. II, n° 611; Zachariæ, t. III, p. 368).

495. — Nous nous sommes expliqué plus haut sur la disposition de l'article 308, d'après laquelle le jugement qui prononce la séparation de corps contre

la femme pour cause d'adultère, doit, sur la réquisition du ministère public, la condamner à un emprisonnement de trois mois au moins et de deux ans au plus.

CHAPITRE III.

DES EFFETS DE LA SÉPARATION DE CORPS.

SOMMAIRE.

496. — Effet principal de la séparation de corps.
497. — Division.

§ I.

Des effets de la séparation de corps, en ce qui concerne les rapports personnels des époux l'un envers l'autre.

498. — Les époux ne sont plus obligés de demeurer ensemble. — La femme peut établir sa résidence où bon lui semble, et même en pays étranger. — *Quid*, si la garde des enfants lui a été confiée?
499. — La femme peut-elle avoir alors un domicile différent du domicile de son mari?
500. — Les époux se doivent toujours *fidélité*. — L'adultère de l'un et de l'autre est-il toujours punissable?
501. — Les époux se doivent encore des *secours*.
502. — Mais se doivent-ils toujours *assistance?*
502 *bis*. — La séparation du corps rend-elle inapplicable l'article 506, d'après lequel le mari est, de droit, tuteur de sa femme interdite?
503. — La séparation de corps fait-elle cesser la présomption de paternité écrite dans l'article 312?
504. — La femme a-t-elle toujours besoin de l'autorisation maritale?
505. — Les effets du divorce, qui résultaient de la dissolution du mariage, sont inapplicables à la séparation du corps.
506. — *Quid*, en ce qui concerne l'article 298?
507. — La prescription court-elle entre les époux séparés de corps?

§ II.

Des effets de la séparation de corps, en ce qui concerne les rapports des époux envers leurs enfants, c'est-à-dire les droits de puissance paternelle.

508. — Dispositions des articles 302, 303 et 386.
509. — Ne pourrait-on pas soutenir qu'aucun de ces articles n'est applicable à la séparation de corps?
510. — L'article 386 n'est pas applicable; et l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée, n'est pas privé de la jouissance légale des biens de ses enfants.
511. — Les articles 302 et 303 sont applicables à la séparation de corps; et, en règle générale, la garde des enfants est confiée à l'époux qui a obtenu le jugement. — Quels sont les droits du père, quand c'est à la mère ou à un tiers que les enfants ont été confiés.
512. — Suite.

§ III.

Des effets de la séparation de corps, en ce qui concerne les conventions matrimoniales, et plus généralement les intérêts pécuniaires des époux.

513. — La séparation de corps entraîne toujours la séparation de biens, et, sous tous les régimes, le mari doit restituer à sa femme ses biens personnels. — Est-ce à dire que les conventions matrimoniales sont dissoutes?
514. — La séparation de biens, qui résulte de la séparation de corps, remonte-t-elle au jour de la demande soit à l'égard des tiers, soit à l'égard des époux?
515. — La femme pourrait-elle demander la séparation de biens pendant une instance en séparation de corps intentée soit par elle contre son mari, soit même par son mari contre elle?
516. — L'article 1444 est-il applicable à la séparation de biens résultant de la séparation de corps?
517. — Les déchéances que, dans le cas de divorce, le Code Napoléon prononçait contre l'époux qui y avait donné lieu, doivent-elles être appliquées à la séparation de corps? — Textes.
518. — *Quid*, de l'article 386?
519. — *Quid*, de l'article 767?
520. — *Quid*, de l'article 1518?
221. — *Quid*, des articles 299 et 300? Plusieurs opinions sont en présence :
522. — *Première opinion* : Les donations entre époux ne sont ni révoquées de plein droit par la séparation de corps en vertu de l'article 299, ni révocables pour cause d'ingratitude en vertu de l'article 955.
523. — Réflexions sur ce système.

524. — *Deuxième opinion :* Les donations ne sont pas révoquées; mais elles sont révocables.
525. — *Troisième opinion :* Les donations sont révoquées, et il est inutile dès lors de rechercher si elles sont révocables.
526. — *Quatrième opinion :* Les donations sont révoquées de plein droit, par l'effet de la séparation de corps, en vertu de l'article 299, et en outre révocables pour cause d'ingratitude, en vertu de l'article 953.
527. — Suite. — Elles sont révoquées.
527 *bis*. — L'article 299 est-il applicable aux testaments comme aux donations entre-vifs?
528. — Suite. — Elles sont révocables.
529. — L'article 299 ne s'applique qu'aux libéralités faites par le conjoint lui-même à son conjoint.
530. — L'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée peut-il toujours révoquer les libéralités par lui faites à son conjoint depuis le mariage?

496. — La séparation de corps, appelée plus spécialement autrefois *séparation d'habitation*, a pour but principal de permettre aux époux de vivre chacun de son côté; c'est, comme disaient encore les anciens docteurs, une sorte de divorce seulement *quoad torum et mensam*, et qui laisse subsister le lien même du mariage, *fœdus matrimonii*.

On doit donc, en règle générale, à moins qu'un texte n'en dispose autrement, maintenir, même après la séparation de corps, ceux des effets du mariage, qui ne sont pas une conséquence de la communauté d'habitation.

497. — Mais il importe de préciser davantage; et nous examinerons les effets de la séparation sous trois points de vue; savoir, en ce qui concerne :

1° Les rapports personnels des époux l'un envers l'autre;

2° Leurs rapports envers leurs enfants; leurs droits de puissance paternelle;

3° Leurs conventions matrimoniales et plus généralement leurs intérêts pécuniaires.

§ I.

Des effets de la séparation, en ce qui concerne les rapports personnels des époux l'un envers l'autre.

498. — L'effet principal de la séparation de corps, est de dispenser réciproquement les époux de l'obligation de demeurer ensemble. Le mari n'est donc plus tenu de recevoir sa femme; la femme n'est plus tenue d'habiter avec son mari. Elle peut dès lors fixer sa résidence où bon lui semble, aussi loin qu'elle voudra de celle de son mari, fût-ce même en pays étranger; elle est devenue libre, sous ce rapport!

Toutefois, si la garde des enfants lui avait été confiée, tout en conservant même alors la faculté de s'établir dans le lieu où elle voudra et d'emmener ses enfants avec elle, il ne faudrait pourtant pas qu'elle s'éloignât de manière à rendre impossible ou même très-difficile pour le père, l'exercice du droit qui lui appartient toujours de les voir et de les surveiller (art. 303). C'est là du moins une question de fait; les magistrats apprécieraient les circonstances, la distance plus ou moins grande qui séparerait les époux, les motifs plus ou moins légitimes du choix que la femme aurait fait de telle ou telle résidence, etc. (Angers, 6 mai 1841, Hébert, Dev., 1841, II, 218; Cass., 28 févr. 1842, Hébert, Dev., 1842, I, 210; Massol, p. 195, n°s 7, 8).

499. — Nous pensons même que la femme peut désormais avoir un domicile distinct du domicile de son mari, et que l'état de séparation modifie, à cet égard, non pas seulement le fait, mais le droit; non pas seulement l'article 214, mais aussi l'article 108 (*voy.* notre *Traité de la Publication, des Effets et de l'application des lois en général*, etc., n° 358).

500. — Mais d'ailleurs le lien du mariage n'étant nullement dissous, les devoirs essentiellement attachés à la qualité d'époux, doivent aussi subsister toujours. En conséquence :

1° Les époux se doivent encore fidélité (art. 212); du moins l'adultère de la femme serait toujours punissable, aux termes de l'article 336 du Code pénal (Paris, 13 mai 1826, Cairon; Grenoble, 18 mai 1838, M...; Caen, 13 janv. 1842, Godefroy, D., *Rec. alph.*, nouv. édit., v° *Adultère*, n°s 18 et 108).

Mais il faut convenir que l'adultère du mari ne pourra plus être réprimé, puisqu'il n'est punissable qu'autant que le mari a tenu sa concubine dans la maison conjugale, et qu'il n'y a plus, en ce moment, de maison conjugale (art. 339 C. pén.; Massol, p. 102, n° 4).

501. — 2° Les époux se doivent des secours, non pas sans doute en vertu des conventions matrimoniales, et aux termes des articles 1448, 1537 et 1575, qui déterminent la manière dont chacun d'eux doit contribuer aux frais du ménage. Il n'y a plus de ménage! Il n'y a plus, sous ce rapport, de conventions matrimoniales! Ils se doivent des secours, comme époux, en vertu des devoirs du mariage, aux termes de l'article 212; et cela sans aucune distinction entre l'époux qui a obtenu la séparation de corps et celui contre lequel elle a été prononcée; si ce n'est qu'on pourra et qu'on devra même se montrer plus favorable au premier qu'au second, dans la détermination du *quantum* de la pension alimentaire. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer ici l'article 301, qui n'était fondé que sur la dissolution du mariage (*supra*, n° 51; comp. Cass., 30 janv. 1828, Sirey, 1829, I, 279; Lyon 16 mars 1835, Dargère, Dev., 1836, II, 239; Aix, 18 janv. 1841, *J. du P.*, t. I, 1842, p. 705; Cass., 8 juin 1850,

Plautier, Dev., 1851, I, 61; Toullier et Duvergier, t. I, n° 780; Duranton, t. II, n° 633; Vazeille, t. II, n° 588; Massol, p. 194, n° 6).

502. — 3° Mais les époux se doivent-ils toujours cette assistance personnelle que leur commande aussi l'article 212?

C'est là un point plus contesté. Ainsi, par exemple, tandis que Demante enseigne que la séparation *laisse subsister aussi dans toute sa force ce devoir mutuel* (*Progr.*, t. I, n° 282), Zachariæ pense au contraire que *les époux séparés de corps ne se doivent plus aucune assistance personnelle* (t. III, p. 371).

Je crois, pour ma part, qu'il faut reconnaître que ce devoir, s'il n'est pas détruit, a néanmoins perdu, en grande partie, son caractère juridiquement obligatoire. Est-ce que, en effet, les tribunaux pourraient ordonner que l'un des époux recevra, dans sa maison, son conjoint devenu infirme ou malade, ou se rendra près de lui pour lui donner ses soins? ce serait là rétracter, en quelque sorte, le jugement même qui a prononcé la séparation de corps; et je ne vois nulle part que la loi concède aux magistrats ce pouvoir (Massol, p. 194, n° 6; comp., Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 173; Massé et Vergé, t. I, p. 280; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 146).

Pourtant, gardons-nous bien de penser que la loi civile délie les époux de ce devoir sacré; nous verrons bientôt au contraire qu'elle le reconnaît toujours et qu'elle en favorise l'accomplissement (*infra*, n° 537).

502 *bis.* — Nous verrons d'ailleurs aussi plus tard, que la séparation de corps rend désormais inapplicable l'article 506, d'après lequel le mari est de droit tuteur de sa femme interdite (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle et de l'Interdiction*, etc., t. II,

n° 568; ajout. Cass., 25 nov. 1857, Lépine, Dev., 1858, I, 289).

503. — Je viens de dire que les époux se doivent encore fidélité.

En fallait-il conclure que la présomption de paternité écrite dans l'article 312, conservait toujours son empire, et que le mari séparé de corps ne pouvait invoquer contre l'enfant conçu par sa femme, que les causes ordinaires de désaveu? (Art. 312, 313).

Cette question était agitée sous l'empire du Code Napoléon, tel que l'avait fait le législateur de 1804.

Sur quoi donc repose, disait-on, la maxime : « Pa-« ter is est quem nuptiæ demonstrant, » si ce n'est sur la cohabitation des époux, sur la communauté d'intérêts et d'affection qui les unit, sur cette autorité enfin, sur cette surveillance maritale, qui ne permet pas à la femme de s'éloigner de son époux; or, précisément tout cela est fini après la séparation : la loi elle-même fait cesser la cohabitation entre les époux séparés de corps; donc, la base même de la présomption légale est détruite; donc, il y a désormais une sorte d'*impossibilité physique* de rapprochement (art. 312). Comment! le désaveu est admis, même en plein mariage! pour cause d'adultère de la femme, lorsque la naissance de l'enfant a été cachée au mari (art. 313); et on ne l'admettrait pas après la séparation de corps, qui a rendu les époux presque étrangers l'un à l'autre! N'y a-t-il pas là une *impossibilité morale* plus grande encore! Songez donc aux conséquences profondément iniques et à la révoltante immoralité d'un tel système. Voilà une femme, qui se livre notoirement aux plus scandaleux désordres, et qui pousse le cynisme jusqu'à notifier à son mari la naissance de ses enfants!... Et vous dites que le mari devra subir cette hideuse paternité, sans aucun moyen d'en rejeter le poids et la

honte! Bien plus, il faudra même qu'il reprenne cette femme, si elle l'exige! car enfin, si l'enfant est du mari, c'est qu'il y a eu réconciliation ; et dès lors il ne peut plus invoquer le jugement de séparation de corps. Mais, en vérité, prenez garde de le pousser à des actes de désespoir! Aussi avait-on pensé, dans notre ancien droit, que la présomption de paternité cessait après la séparation de corps (arrêts des 9 mai 1693 et 1er déc. 1701, Merlin, *Rép.*, t. IX, v° *Légitimité*, sect. II, § 2, n° 3); et on ne saurait admettre que le Code Napoléon ait voulu consacrer une autre doctrine (Rouen, 28 déc. 1814, N..., Sirey, 1815, II, 85; ajout. aussi Bastia, 24 mars 1825, Mattei, Sirey, 1825, II, 153; Delvincourt, t. I, p. 89, note 1; D., *Rec. alph.* t. V, p. 551; Massol, p. 339, n° 10).

Cette démonstration était loin, certes, d'être décisive; et elle confondait deux choses : ce qui était et ce qui aurait dû être; la loi telle qu'elle existait et les réformes dont elle était susceptible.

Or, que le Code Napoléon, dans l'état primitif de ses textes, ait maintenu la présomption de paternité, même après la séparation de corps, c'est là une vérité qui me semble pouvoir être prouvée péremptoirement :

Aux termes de l'article 312, l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari ; telle est la présomption légale, qui n'admet de preuve contraire que dans les cas d'exception déterminés par la loi elle-même (art. 1352), c'est-à-dire dans deux cas seulement : 1° pour cause d'impossibilité physique, résultant de l'éloignement ou de quelque accident (art. 312, 2e partie); 2° pour cause d'adultère de la femme, lorsque la naissance de l'enfant a été cachée au mari, qui est alors admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'est pas le père de l'enfant (art. 313); — or, la

séparation de corps par elle-même et par elle seule, ne constitue ni l'une ni l'autre de ces causes de désaveu; donc, la présomption légale conservait alors tout son empire.

Prétendre en effet qu'il y a *impossibilité physique* de cohabitation, dès que les époux sont autorisés à ne plus demeurer ensemble, c'est violer ouvertement le texte même, qui ne fait résulter cette impossibilité que.... de *l'éloignement ou de quelque accident;* c'est confondre la présomption morale qui dérive de la communauté d'habitation, avec la présomption légale, que l'article 312 attache en termes absolus, au fait même du mariage, abstraction faite de toute autre circonstance.

Aussi, une fois engagé dans cette voie, il fallait aller, comme on l'avait fait, jusqu'à dire que la présomption de paternité cessait même avant le jugement, « à partir de l'époque où la demande en séparation de corps aura été formée, si la femme a quitté le domicile conjugal, conformément aux dispositions de l'article 878 du Code de procédure. » (Massol, p. 344); conséquence logique, j'en conviens, mais qui démontrait de plus en plus le vice profond du système qui la produisait.

Vous ne pouviez donc invoquer ni l'une ni l'autre des deux causes de désaveu; et je soutiens que vous en conveniez vous-même. Que nous disiez-vous en effet? que la séparation de corps *faisait cesser* la présomption de paternité! Mais voyez donc comme vous vous insurgiez de plus en plus contre le texte. Quoi! parce que vous ne pouviez pas même accorder au mari une cause de désaveu pour combattre la présomption légale, voilà que vous la supprimiez, et c'était désormais à l'enfant, à la mère, de prouver contre le mari qu'il y avait eu rapprochement et ré-

conciliation!... Tout cela était le bouleversement complet des principes de toute cette matière; et on ne pouvait toujours que répondre par l'article 312 : « L'enfant « conçu pendant le mariage a pour père le mari. » Il faut d'autant moins douter que telle avait été l'intention des rédacteurs du Code Napoléon, que cette question fut agitée dans le Conseil d'État, et que même dans la séance du 14 brumaire an x, la section de législation avait proposé un article portant que « la présomption de paternité cesse, lorsque les deux époux ont été séparés de corps. » Mais cet article plusieurs fois reproduit et toujours combattu, n'a pas été adopté (Locré, *Législ. civ.*, t. VI, p. 26, 85 et 170; Caen, 3 mars 1836, Aubert, Dev., 1838, II, 486; Merlin, *Rép.*, t. IX, v° *Légitimité*, sect. II, § 2, n° 3; Toullier, t. II, n° 811; Duranton, t. II, n° 632; Vazeille, t. II, n° 586; Demante, *Progr.*, t. I, n° 294; Cadrès, *des Enfants naturels*, p. 113, n° 87).

Telle était donc notre loi; mais j'avais ajouté moi-même que j'en appelais aussi de tous mes vœux la réforme! Il importait d'enlever aux partisans du divorce ce redoutable argument, que leur fournissait la situation d'un mari, auquel une présomption tyrannique, démentie souvent par la notoriété publique et par l'évidence, infligeait envers et contre tout, la paternité quand même! Le projet de loi présenté en 1816 portait (art. 27) que « la séparation de corps fait cesser pendant sa durée, la présomption qui résulte du mariage; » et en 1834, un projet *ad hoc*, renfermant spécialement cette disposition, fut développé devant la Chambre des pairs, mais n'eut pas non plus de suite.

Enfin, cette morale et salutaire réforme a été accomplie, sur l'initiative de M. Demante, par la loi du 6 décembre 1850, qui, sans détruire, pour ce cas, la

présomption de paternité, l'a néanmoins très-notablement affaiblie.

C'est dans notre *Traité de la paternité et de la filiation*, que nous exposerons spécialement les dispositions de cette loi (*voy.* ce *Traité*, nos 55 et suiv.).

504. — Quant à l'autorisation maritale, nous savons que la femme séparée de corps y demeure encore soumise pour les actes les plus importants (*supra*, n° 119).

505. — Le divorce produisait aussi, en ce qui concerne la capacité personnelle des époux, des effets résultant de la dissolution du mariage, et qui sont dès lors évidemment inapplicables à la séparation ; tels sont ceux qu'énumèrent les articles 295, 296 et 297.

506. — J'ai même pensé qu'il en était ainsi de l'article 298 (t. III, n° 125).

507. — La Cour de Bruxelles a jugé que la prescription court entre les époux séparés de corps (13 octobre 1822, Haës, D., *Rec. alph.*, t. XI, p. 910, v° *Sép. de corps*).

Mais je ne crois pas que cette doctrine soit fondée : les termes de l'article 2253 sont généraux et absolus : « *Elle* (la prescription) *ne court point entre époux.* » La loi ne distingue donc pas si les époux sont ou ne sont pas séparés, soit de biens, soit même de corps et de biens. Ils sont époux, et cela suffit toujours pour qu'elle suspende, entre eux, le cours de la prescription. C'est que les motifs en effet sont toujours, en grande partie du moins, les mêmes; c'est qu'il faut éviter, même après la séparation de corps, ces occasions de conflit et ces démonstrations hostiles, auxquelles les conjoints ne sont alors que trop enclins, et qui pourraient avoir, sous tous les rapports, les plus fâcheux résultats (Troplong, *de la Prescription*, t. II, n° 742; Massol, p. 277, n° 40).

§ II.

Des effets de la séparation de corps, en ce qui concerne les rapports des époux envers leurs enfants, c'est-à-dire les droits de puissance paternelle.

508. — Le Code Napoléon renfermait, à cet égard, pour le cas de divorce, des dispositions ainsi conçues :

Article 302 : « Les enfants seront confiés à l'époux « qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal, « sur la demande de la famille ou du ministère public, « n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfants, « que tous ou quelques-uns d'entre eux seront confiés « aux soins, soit de l'autre époux, soit d'une tierce « personne. »

Article 303 : « Quelle que soit la personne à laquelle « les enfants seront confiés, les père et mère conser- « veront respectivement le droit de surveiller l'entre- « tien et l'éducation de leurs enfants, et seront tenus « d'y contribuer à proportion de leurs facultés. »

Article 386 : « Cette jouissance (l'usufruit légal du « père ou de la mère sur les biens de leurs enfants) « n'aura pas lieu au profit de celui des père et mère « contre lequel le divorce aurait été prononcé.... »

509. — Ces articles sont-ils applicables à la séparation de corps?

Ne pourrait-on pas raisonner ainsi :

Aux termes des articles 373 et 384, le père a seul, pendant le mariage, l'autorité sur la personne des enfants et la jouissance de leurs biens;

Or, d'une part, la séparation de corps, très-différente du divorce, ne dissout pas le mariage ; d'autre part, aucun texte n'a modifié les articles 373 et 384, et n'a étendu à la séparation de corps les dispositions spéciales du divorce sur ce point;

Donc, le père conserve, dans tous les cas, ses droits sur la personne et sur les biens de ses enfants.

510. — Quant aux biens, je n'ai rien à répondre; et l'argument me paraît décisif. L'article 386 ne prononce, en effet, cette déchéance que pour le cas de divorce; et il est d'autant moins permis de l'étendre à la séparation de corps, que les motifs sont loin d'être les mêmes. La séparation, si regrettable toujours sans doute pour les enfants, ne leur cause pourtant pas, à beaucoup près, le même tort que le divorce, qui donnait à chacun des père et mère le droit de se remarier. Que feriez-vous, d'ailleurs, de cet usufruit si c'était contre le père que la séparation fût prononcée? L'accorderiez-vous à la mère? mais le texte absolu de l'article 384 s'y oppose : « ... Le père, durant le ma-« riage et *après la dissolution du mariage, le survivant* « des père et mère... » La mère ne peut donc avoir cette jouissance qu'après la mort du père; et cela est aussi très-conforme aux principes du Code Napoléon, qui a fait de cet usufruit un attribut de la puissance paternelle, que le père conserve toujours même après la séparation de corps. Il faudrait donc rendre aux enfants eux-mêmes cette jouissance; et c'est là qu'en est venu effectivement Delvincourt (t. I, p. 97, note 9). Mais 1° vous violez toujours ainsi l'article 384; 2° vous faites aux enfants un déplorable titre d'acquisition! vous les mêlez, vous les engagez, par leur intérêt personnel, dans les funestes dissensions, auxquelles il faut, au ontraire, qu'ils demeurent étrangers; 3° enfin, vous attribuez à la séparation un effet perpétuel et irréparable, que la loi n'a pas dû vouloir. L'usufruit légal, une fois éteint, ne pourrait plus certainement revivre par la réconciliation des époux; or, il importe que les époux aient le moyen d'effacer, s'ils le veulent, toutes les traces d'un passé, qu'ils seraient

disposés à oublier (comp. notre *Traité de l'Adoption et de la Puissance paternelle*, n° 559; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 142; Duranton, t. II, n° 634; Duvergier sur Toullier, t. I, n° 1064, note 2; Aubry et Rau, t. IV, p. 175; Massol, p. 334, n° 7).

511. — Mais, en ce qui concerne les droits sur la personne des enfants, aucun auteur, je crois, n'a accepté, dans toute sa rigueur, le syllogisme qui précède (n° 509), et d'après lequel le père les conserverait nécessairement toujours intacts, même après la séparation de corps. Tous reconnaissent que la séparation modifie, à cet égard, les droits du père; on se divise seulement sur le plus ou moins d'étendue de cette modification.

C'est ainsi que Zachariæ enseigne, avec l'adhésion de MM. Aubry et Rau (t. IV, p. 175), que l'article 302 ne doit pas être appliqué d'une manière absolue, à la séparation de corps, en ce sens, 1° que le père, qui a obtenu la séparation de corps, ne peut jamais être privé de la garde de ses enfants (art. 373), 2° que cette garde peut être confiée au père contre lequel la séparation a été prononcée, lors même que la famille ou le ministère public n'en ferait pas la demande. Mais, après cette double réserve, ces savants jurisconsultes ajoutent que dans le cas où la séparation a été prononcée contre le père, les tribunaux sont autorisés à confier la garde des enfants soit à la mère, soit à une tierce personne.

D'autres, sans appliquer non plus entièrement l'article 302, vont toutefois plus loin; et c'est ainsi que Demante enseigne « que l'exercice de l'autorité paternelle doit continuer, *en principe*, d'appartenir au père demandeur ou défendeur; mais nous n'hésitons pas, dit-il, à appliquer les articles 302 et 303 en ce qui concerne le pouvoir discrétionnaire des

tribunaux... » (*Progr.*, t. I, n° 287 et *Cours analyt.*, t. II, n° 31 *bis*, II; Massé et Vergé, t. I, p. 282; ajout. Marcadé, art. 311, n° 3).

Il est enfin une opinion plus tranchée qui applique complétement ces articles à la séparation de corps; et telle est même aujourd'hui la jurisprudence constante de toutes les Cours (comp. Caen, 19 juin 1807, Durenceray, Sirey, 1807, II, 177; Bruxelles, 28 mai 1810, S....; Caen, 4 août 1810, d'H....; Paris, 12 juillet 1808, Tressé, Sirey, 1810, II, 462, 585, 488; Cass., 28 juin 1815, Pérès, Sirey, 1815, I, 380; Cass., 24 mai 1821, Charve, Sirey, 1821, I, 333; Paris, 11 déc. 1821, Ducayla, Sirey, 1822, II, 161; Rennes, 21 fév. 1826, D..., Sirey, 1828, II, 167; Bordeaux, 9 juin 1832, Brulo, Dev., 1833, II, 446; Montpellier, 4 fév. 1835, de Chesnel, Dev., 1825, II, 288; Cass., 23 juin 1841, Riou, D., 1841, I, 289; Cass., 17 juin 1845, Duchesne, Dev., 1846, I, 52; Merlin, *Rép.* v° *Éducation*, § I, n° 3; Toullier, t. I, n° 777; Duranton, t. II, n° 636; Massol, p. 319, n° 1; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n 415).

Cette dernière solution me paraît aussi préférable. Pourquoi, en effet, les opinions dissidentes refusent-elles d'appliquer tout à fait à la séparation de corps l'article 302? Parce que, dit-on, l'article 373 déclare que le père seul exerce l'autorité sur les enfants pendant le mariage, et que le mariage n'est pas dissous par la séparation, comme il l'était par le divorce. — Mais à cet argument plusieurs réponses peuvent être faites :

1° Remarquez que personne ne s'en tient purement et simplement à l'article 373, et que tous modifient, un peu plus ou un peu moins, les droits du père sur les enfants, après la séparation prononcée; de telle sorte que ces opinions mixtes ne sont en réalité con-

formes ni à l'article 302, ni à l'article 373, et que, pour ne pas violer l'un de ces articles, elles aboutissent finalement à les violer tous les deux.

2° Il me semble que le divorce n'enlevait pas non plus au père la puissance paternelle. Est-ce que, par exemple, sa volonté ne l'emportait pas toujours sur celle de la mère pour le mariage des enfants? (Art. 148.) Est-ce qu'il ne conservait pas le droit de correction? (Art. 375.) Notez que l'article 381 ne l'accorde qu'à la mère *survivante*. Est-ce qu'il ne pouvait pas, enfin, toujours les émanciper? (Art. 377.) Ce n'est donc pas un argument pour écarter de la séparation de corps l'application de l'article 302, que de dire : le père conserve la puissance paternelle. — Eh! sans doute; mais il la conservait aussi dans le cas de divorce; et sous ce rapport, lorsque l'article 373 lui confère cette autorité *durant le mariage*, ces mots, dans la pensée de la loi, signifient *durant sa vie*. La preuve en est dans l'article 384 : « Le père, *durant le* « *mariage*, et après la dissolution du mariage, le *sur-* « *vivant* des père et mère... »

3° L'article 302 ne destituait donc pas véritablement le père de l'autorité paternelle. Il est vrai que Delvincourt a pensé que si, en vertu de l'article 302, « c'est à la mère que les enfants sont confiés, la puissance paternelle ne peut être exercée que du commun consentement des époux; et que si c'est à un tiers, il faudra, en outre, le consentement de ce tiers... » (T. I, p. 87, note 2.) Mais je ne crois pas que le texte renferme de telles conséquences; et si raisonnables qu'elles puissent paraître quelquefois, si incomplet que soit, dans notre opinion même, cet article 302, il ne nous semble pas possible d'en induire contre le père la déchéance des attributs les plus importants de la puissance paternelle. De quoi donc s'agit-il seulement dans les ar-

ticles 302 et 303 ? de la garde des enfants, et du point de savoir où ils seront placés. Eh bien ! la loi s'est dit : il n'y a plus de ménage, plus de centre, plus de foyer domestique ! et la présomption est que les enfants ne trouveront pas de bons exemples près de l'époux contre lequel le divorce a été prononcé ; elle a donc déclaré qu'ils seraient confiés à l'autre époux ; or, ces deux motifs sont aussi tout à fait applicables à la séparation de corps. La raison se refuse à croire que la loi n'ait pas songé, en pareil cas, à ce que deviendront les enfants. Il y a d'autant moin d'inconvénient à y appliquer l'article 302, que cette sage disposition laisse d'ailleurs aux magistrats le pouvoir de faire, sur la demande de la famille ou du ministère public, ce qu'ils jugeront le mieux pour le plus grand avantage des enfants. Remarquez aussi que l'on reconnaît généralement que l'article 267 est applicable à la séparation ; or, si l'on pouvait enlever, avant même le jugement, la garde des enfants au père, faut-il s'étonner que la loi la lui enlève après le jugement, s'il a été rendu contre lui, sauf aux magistrats à la lui laisser suivant les circonstances ?

Il faut ajouter aussi :

1° Que le père, auquel la garde des enfants a éte enlevée, n'est pas déchu pour cela, de ses droits de puissance paternelle ; qu'il peut, en conséquence, surveiller leur éducation et recourir même à l'intervention de la justice, pour le cas où la mère ne remplirait pas convenablement la mission, qui lui a été confiée. (Comp. Cass., 9 juin 1857, Berthou, Dev., 1857, I, 590 ; et aussi Cass., 3 mars 1856, Wey, Dev., 1856, I, 408 ; Cass., 30 mars 1859, Rolland, 1859, I, 661) ;

2° Que ces sortes de décisions, relatives à la garde et à l'éducation des enfants, sont, ainsi que nous l'avons déjà dit (*supra* n° 453), par leur nature même,

toujours provisoires, susceptibles des lors d'être modifiées ou rapportées suivant les circonstances nouvelles, qui pourront survenir (comp. notre *Traité de l'Adoption et de la Puissance paternelle*, n° 392).

512. — Je viens de dire que le père conserve la puissance paternelle sur la personne de ses enfants, lors même que la séparation ayant été prononcée contre lui, la garde de ces enfants lui est, en conséquence, enlevée.

Je pense, par les mêmes motifs, que régulièrement il a toujours aussi le droit d'administrer leurs biens. Cela paraît d'abord incontestable, s'il en a l'usufruit légal; car nous avons vu qu'il le conserve (*supra*, n° 510), et dès lors il conserve aussi le droit de les posséder et de les administrer. Mais j'étends même cette solution, malgré le dissentiment de M. Massol (p. 327, n° 4), aux biens dont le père serait administrateur comptable (art. 389); car je ne vois nulle part de texte qui lui enlève cette administration, et c'est, à mon avis, aller beaucoup trop loin que de dire, ainsi que l'a fait encore Delvincourt, que cette garde constitue une *tutelle* déférée à la mère ou au tiers (t. I, p. 87, note 2). Il me semble, au contraire, qu'il n'y a là qu'une question de résidence et de simple garde. Voilà, dis-je, régulièrement la situation telle que la loi l'a faite. Il faut s'attendre, il est vrai, à des conflits, à des tiraillements, à des prétentions rivales de toutes sortes. Mais que vous dirai-je? Les tribunaux apprécieront; et je m'empresse moi-même d'ajouter, pour conclusion, que c'est devant eux qu'il faudrait en venir toutes les fois que des abus seraient signalés soit à l'égard de la personne, soit à l'égard des biens des enfants. La mère, le tiers auquel les enfants auraient été confiés, la famille et enfin le ministère public, auraient certainement qualité; et les tribu-

naux aviseraient, suivant les cas, *pour le plus grand avantage des enfants* (art. 302).

§ III.

Des effets de la séparation de corps, en ce qui concerne les conventions matrimoniales, et plus généralement les intérêts pécuniaires des époux.

515. — Les conventions matrimoniales ont principalement pour but de déterminer le mode de contribution de chacun des époux aux charges du mariage; elles supposent donc une existence commune, et souvent même, comme la communauté de biens, une communauté aussi d'affections et d'intérêts, d'efforts et d'espérances. Or, tout cela est désormais fini! plus de ménage! plus d'existence commune! plus d'attachement ni d'avenir commun!

Désormais chacun chez soi! chacun pour soi!

Une telle situation doit donc être le terme de toutes les conventions matrimoniales.

Aussi « la séparation de corps emportera toujours « la séparation de biens. » (Art. 311.)

La communauté est donc dissoute (art. 1441).

Et tous les biens dotaux doivent être restitués à la femme par le mari, quel que soit le régime adopté par les époux, exclusion de communauté (art. 1531) ou régime dotal (art. 1563).

Ce n'est point assurément que le contrat de mariage ne subsiste encore; et, par exemple, nous verrons que l'immeuble dotal continue toujours d'être inaliénable, quoique, par une exception singulière, il devienne prescriptible (comp. art. 1554-1561). Mais pour tout ce qui concerne les frais du ménage, et par suite la jouissance accordée à cet effet (art. 1530-1540) au mari sur les biens de la femme, la séparation de

corps y met toujours fin ; et voilà pourquoi la femme est désormais dispensée de toute contribution pour une partie quelconque de ses revenus.

514. — Une opinion enseigne que la séparation de biens, qui résulte de la séparation de corps, remonte au jour de la demande, sinon à l'égard des tiers, du moins en ce qui concerne les intérêts des époux entre eux :

1° Aux termes de l'article 1445, le jugement, qui prononce la séparation de biens, remonte, quant à ses effets, au jour de la demande; or, le jugement, qui prononce la séparation de corps, prononce aussi virtuellement la séparation de biens; aussi l'article 1445 ne distingue-t-il pas; donc, cet article est applicable dans les deux cas.

2° C'est que dans les deux cas, en effet, les motifs de cette rétroactivité sont les mêmes : d'une part, le demandeur, qui triomphe, doit être mis au même état que si le défendeur avait, dès le début, reconnu la légitimité de son droit; il ne faut pas que les lenteurs inséparables de la procédure et la résistance injuste de son adversaire lui causent un préjudice (art. 1382); d'autre part, cette règle est d'autant plus nécessaire dans les procès en séparation, que l'on doit redouter les incidents, les chicanes, toutes les ruses enfin par lesquelles l'époux défendeur s'efforcerait de prolonger la durée du procès pour jouir plus longtemps des biens de son conjoint, pour faire une coupe de bois, qui sait même? pour recueillir une opulente succession que la mort imminente d'un parent va mettre dans la communauté, si le procès dure encore quelques jours !... Or, tous ces motifs sont applicables à la séparation de biens, résultant de la séparation de corps, d'autant mieux que les époux sont nécessairement dans un état d'excitation et d'hostilité plus grand toujours encore que dans les

procès en séparation de biens; et puisqu'il n'y a plus, presque toujours, dès la demande formée, de collaboration commune, il ne doit pas y avoir non plus de communauté. (Limoges, 17 juin 1835, Cacatte, Dev., 1836, II, 61; Cass. 20 mars 1855, Bégis, Dev., 1855, I, 401; Paris, 18 juin 1855, Revel, Dev., 1856, II, 169; Tribunal civ. de la Seine. 22 juin 1850, Nicaud, *Gazette des Tribunaux* du 20 juill. 1860; Merlin, *Rép.* t. XVI, v° *Sép. de corps*, § 4, n° 4; Toullier et Duvergier, t. I, n° 776; Bellot des Minières, t. II, p. 192; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 176; Massol, p. 203, n° 13; Dutruc, *de la Séparat. de biens*, n° 283; Troplong, *du Contr. de mar.*, t. II, n°s 1386 et suiv.)

Je ne saurais me ranger à cette doctrine.

Et d'abord, remarquons que ses partisans mêmes conviennent presque tous que la rétroactivité de la séparation de biens ne serait pas, dans ce cas, opposable aux tiers; or, c'est là déjà une concession qui me paraît trahir le vice de leur système. Je sais que cette distinction, quant aux effets de la dissolution de la communauté à l'égard des tiers et à l'égard des époux, je sais, dis-je, que cette distinction a été faite et compte aussi d'imposants suffrages, même pour ce qui concerne la séparation de biens prononcée principalement (Riom, 31 janv. 1826, Roussel, Sirey, 1827, II, 99; Rouen, 9 août 1839, Pillette, Dev., 1840, II, 153; Pigeau, t. II, p. 541). Mais je n'hésite pas, pour mon compte, à penser que les termes absolus de l'article 1445 y résistent ouvertement; et je ne comprendrais pas pourquoi la loi eût exigé, avec tant de soin, la publicité de la demande en séparation de biens, si la date de cette demande n'intéressait pas les tiers. Ajoutez que la rétroactivité ne peut, en vérité, atteindre son but, c'est-à-dire protéger efficacement les intérêts de la femme, qu'autant qu'elle aura effet

envers et contre tous, et qu'elle ne permettra point au mari de nuire à la femme par ses arrangements avec des tiers (Bordeaux, 11 mai 1843, Pineaud, Dev., 1843, II, 541 ; Toullier, t. XIII, n° 108; Duranton, t. XIV, n° 414). Il me paraît donc certain que la séparation de biens prononcée principalement, remonte au jour de la demande non-seulement à l'égard des époux, mais aussi à l'égard des tiers.

Cela posé, je reviens à mon premier argument, et je dis :

De deux choses l'une : ou le dernier alinéa de l'article 1445 est applicable à la séparation de biens résultant de la séparation de corps, ou il n'y est pas applicable. Si oui, la rétroactivité a lieu envers tous; si non, elle n'a lieu envers personne. Mais il est impossible de prendre, pour ainsi dire, la moitié de ce texte indivisible; et je ne m'explique pas comment Zachariæ et ses honorables annotateurs, MM. Aubry et Rau, qui, dans le cas de séparation de biens prononcée principalement, admettent la rétroactivité à l'égard des tiers, ne veulent pas, au contraire, l'admettre pour la séparation de biens résultant de la séparation de corps! (comp. t. IV, p. 176). Oh! certes oui, vous avez raison de ne pas déclarer rétroactive, à l'égard des tiers, la séparation de biens qui ne dérive que de la séparation de corps; car la loi n'exigeant pas que la demande soit alors rendue publique, et n'exigeant, au contraire, que la publicité du jugement (comp. art. 869 et 880 procéd.), témoigne assez qu'elle n'entend faire dater la dissolution de la communauté que du jugement, et non point de la demande; car l'article 271 exigeant la complicité de la part des tiers dans les fraudes que le mari pourrait commettre pendant l'instance, prouve assez que s'ils sont de bonne foi, les actes faits par eux avec le mari ne sauraient

être attaqués (Cass., 14 mars 1837, Mandron, Dev., 1837, I, 318). Vous avez, dis-je, en cela bien raison; mais vous restez en chemin, et vous êtes ainsi en contradiction avec vous-même. Il faut donc faire un pas encore; il faut dire que, même entre les époux, la séparation de biens, qui ne résulte que de la séparation de corps, n'a pas d'effet rétroactif. — La Cour de Limoges, dans l'arrêt précité, objecte que l'article 1445 ne distingue pas! — Mais, en vérité, n'est-il pas incontestable que cet article ne s'occupe que de la séparation de biens demandée principalement pour cause du désordre des affaires du mari? cela n'est-il pas prouvé par la place que cet article occupe dans le Code Napoléon, et par son texte même! Y a-t-il lieu du moins de l'étendre par voie d'induction et d'analogie, et comme une règle de droit commun, à la séparation de biens qui résulte de la séparation de corps? Eh bien, non! et vous allez le reconnaître. La règle, en effet, que le demandeur ne doit pas souffrir de la résistance du défendeur, et doit être dès lors mis, après le jugement, au même état que si le défendeur avait acquiescé dès l'origine, cette règle est fondée sur ce que le défendeur pouvait et devait acquiescer (*voy.* t. III, n° 275); or, précisément le défendeur à la demande en séparation, soit de biens, soit de corps, ne peut pas acquiescer (art. 307, 1443); donc, la base même de la rétroactivité manque alors complétement. Qu'est-ce à dire? que l'article 1445 est, au contraire, une exception aux principes, et ne doit pas dès lors être étendu au cas de la séparation de corps, qu'il ne comprend évidemment pas. — C'est une exception, dites-vous, soit; mais elle est ici absolument commandée par les mêmes motifs. — Je le nie! je nie que le Code Napoléon ait envisagé au même point de vue ces deux situations. La demande en séparation de biens a pour

cause le péril de la dot, le désordre des affaires du mari; or, ce péril et ce désordre augmentent pendant le procès et par l'effet de la demande elle-même; c'est le signal de la déroute! La dot de la femme, ses intérêts pécuniaires ont donc été alors l'objet direct et principal de la préoccupation de la loi. Bien différente est la séparation de corps! On peut être fort méchant mari, et très-économe et très-sage administrateur! Aussi le désordre des affaires, le péril de la dot ne sont pas alors la cause ni l'objet de la demande; et la dissolution de la communauté ne sera plus tard qu'une conséquence purement tacite et un simple effet de la séparation de corps; un effet, qui dès lors ne saurait remonter au delà de sa cause, de sa seule cause efficiente et génératrice.

Si vous appliquiez ici l'article 1445, il vous faudrait dire que la séparation de biens rétroagira, même dans le cas où elle résulterait d'une séparation de corps obtenue par le mari contre la femme; et la Cour de Limoges a, en effet, accepté positivement cette conséquence. Or, c'est là une preuve de plus encore que vous détournez l'article 1445, de son véritable but, qui est uniquement de protéger la dot de la femme contre les dilapïdations du mari.

Mais enfin les époux qui plaident en séparation de corps sont irrités l'un contre l'autre! et le mari va se venger sur les biens de sa femme! — Je réponds que la loi a prévu ce danger, et qu'elle y a pourvu. La femme demanderesse en séparation de corps a, nous l'avons dit, les mêmes moyens de conservation et de garantie que la loi accordait à la femme demanderesse en divorce (art. 270, 271); et je ne crois pas qu'on ait prétendu que le jugement, qui prononçait le divorce, remontait, quant à ses effets, au jour de la demande (Toullier, t. II, n° 705); or, il me semble

que la loi n'a pas fait plus pour la femme, dans le cas de séparation de corps, que dans le cas de divorce; et je cherche en vain le texte ou le motif sur lequel l'auteur, que je viens de citer, fonde la différence qu'il paraît établir entre le divorce et la séparation de corps, quant à la dissolution de la communauté (Toullier, t. II, comp. nos 705 et 776).

Je conclus donc que la séparation de biens, lorsqu'elle n'est qu'une conséquence de la séparation de corps, ne remonte au jour de la demande, ni à l'égard des tiers, ni à l'égard des époux (comp. Delvincourt, t. I, p. 85, note 3; Valette sur Proudhon, t. I, p. 541, note *a*; Marcadé, art. 311, n° 4; Demante, t. II, nos 23 *bis*, I et II; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 414; Valette, *Explicat. somm. du Liv. I du Cod. Napol.* p. 149; Pont et Rodière, *du Contr. de mar.*, t. II, n° 869; Coin-Delisle, *Revue critique de jurisprudence*, 1856, t. VIII, p. 18-31).

Nous sommes heureux aussi de pouvoir enlever aux partisans de l'opinion contraire l'autorité de M. Duranton, qui, après l'avoir professée d'abord, l'a depuis abandonnée avec une bonne foi et une noblesse d'expressions dont nous aimons à recueillir l'exemple (t. II, n° 622).

515. — Il n'y aurait qu'un moyen, suivant nous, d'obtenir la rétroactivité de la séparation de biens, même dans le cas d'une demande de séparation de corps; ce serait, si les circonstances le permettaient, si le désordre des affaires du mari, ou si ses fraudes inspiraient des craintes pour les intérêts de la femme, ce serait, dis-je, de demander en même temps la séparation de biens (comp. Paris, 30 janv. 1854, Sobeaux, *J. du P.*, 1854, t. II, p. 85).

Mais on voit que ce serait là une action principale en séparation de biens, qui serait dès lors soumise

aux conditions et aux formes ordinaires; qui, par exemple, ne pourrait jamais être formée par le mari, et dont la demande surtout devrait être rendue publique.

516. — Et ce qui démontre encore de plus en plus que la séparation de biens, résultant de la séparation de corps, ne doit pas être confondue avec la séparation de biens demandée et prononcée principalement, c'est qu'on s'accorde à ne point y appliquer l'article 1444, qui est ainsi conçu :

« La séparation de biens, quoique prononcée en « justice, est nulle, si elle n'a point été exécutée par « le payement réel des droits et reprises de la femme, « effectué par acte authentique jusqu'à concurrence « des biens du mari, ou au moins par des poursuites « commencées dans la quinzaine qui a suivi le juge- « ment, et non interrompues depuis. »

Cet article, en effet, est fondé sur ce motif, que si la dot est vraiment en péril, la femme ne doit mettre aucun retard à l'exécution du jugement, et que ce retard même fait, à certains égards, soupçonner une séparation concertée et frauduleuse; or, ce motif n'est pas applicable à la dissolution de la communauté qui résulte de la séparation de corps. On n'y applique donc pas l'article 1444; et c'est, je le répète, un motif de plus contre ceux qui, après cela, veulent y appliquer l'article 1445 (Bordeaux, 4 fév. 1811, Delabarre, Sirey, 1811, II, 163; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 177; Massol, p. 146, n° 35; Rauter, *Cours de Procéd.*, § 346).

517. — Il nous reste à examiner maintenant si les déchéances que, dans le cas de divorce, le Code Napoléon prononçait contre l'époux qui y avait donné lieu, doivent aussi être appliquées à la séparation de corps.

Voici d'abord les textes :

Article 299 : « Pour quelque cause que le divorce ait

« lieu, hors le cas du consentement mutuel, l'époux « contre lequel le divorce aura été admis, perdra tous « les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit « par leur contrat de mariage, soit depuis le mariage « contracté. »

Article 300 : « L'époux, qui aura obtenu le divorce, « conservera les avantages à lui faits par l'autre époux « encore qu'ils aient été stipulés réciproques et que la « réciprocité n'ait pas lieu. »

Article 386 : « Cette jouissance (la jouissance légale « des biens des enfants) n'aura pas lieu au profit de « celui des père et mère contre lequel le divorce aurait « été prononcé.... »

Article 767 : « Lorsque le défunt ne laisse ni parents « au degré successible, ni enfants naturels, les biens « de sa succession appartiennent au conjoint *non divorcé* « qui lui survit. »

Article 1518 : « Lorsque la dissolution de la commu- « nauté s'opère par le divorce ou par la séparation de « corps, il n'y a pas lieu à la délivrance actuelle du « préciput; *mais l'époux, qui a obtenu soit le divorce,* « *soit la séparation de corps*, conserve ses droits au « préciput, en cas de survie.... »

Il n'y a pas beaucoup de difficulté, pour ce qui concerne ces trois dernières dispositions.

518. — Déjà nous avons reconnu que l'article 386 ne devait pas être étendu à la séparation de corps (*supra*, n° 510).

519. — Nous n'hésitons pas à en dire autant de l'article 767 :

1° Le texte, en effet, n'enlève le droit de succéder qu'au *conjoint divorcé*, et non pas au conjoint séparé de corps; celui-ci peut donc toujours invoquer la vocation héréditaire que lui confère l'article 723, qu'aucun autre article n'a modifié. Il y a d'autant moins

lieu d'étendre l'article 767 à la séparation de corps, que le Conseil d'État s'est occupé particulièrement de cette question, et que même il avait renvoyé le projet à la section de législation, pour que la rédaction de l'article 767 assimilât, en ce point, la séparation de corps et le divorce. La rédaction définitive, malgré ce renvoi, ne s'applique encore qu'au conjoint divorcé ; et cela prouve que l'opinion contraire a été abandonnée par le Conseil d'État (Locré, *Législ. civ.*, t. X, p. 99 et 148).

2° Remarquez d'ailleurs que la privation du droit de succéder, prononcée par l'article 767, s'applique à tout *conjoint divorcé*, non-seulement donc à celui contre lequel le divorce avait été admis, mais à celui-là même qui l'avait obtenu. Qu'est-ce à dire? que c'était là beaucoup moins encore une déchéance, une pénalité, qu'un effet spécial du divorce, qui, en brisant le lien du mariage, avait rendu les époux réciproquement étrangers l'un à l'autre ; or, d'une part, les époux séparés de corps demeurent toujours époux ; et d'autre part, on ne pourrait pas, sans violer l'article 767 lui-même et le principe de la réciprocité en matière de succession, on ne pourrait pas, dis-je, enlever le droit de succéder à l'époux seulement, contre lequel la séparation de corps aurait été prononcée ; il faudrait en priver aussi celui qui l'aurait obtenue ; donc, sous tous les rapports, l'article 767 ne saurait être étendu à la séparation (comp. notre *Traité des Successions*, t. II, n° 173 ; Chabot, *des Successions*, art. 767, n° 4 ; Duranton, t. II, n° 635 ; Vazeille, t. II, n° 589 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 178 ; Massé et Vergé, t. I, p. 281 ; Massol, p. 313, n° 54 ; Demante, t. II, n° 33 *bis*, II ; Valette, *Explicat. somm. du Liv. I du Cod. Napol.* p. 151).

520. — Quant à l'article 1518, il assimile expres-

sément la séparation de corps au divorce; et dès lors il est certain que l'époux, contre lequel la séparation de corps a été prononcée, perd ses droits au préciput, comme les perdait aussi l'époux qui avait donné lieu au divorce. L'article, en effet, déclare que *l'époux qui a obtenu le divorce ou la séparation de corps conserve ses droits au préciput...*; et ce n'est pas assurément abuser de l'argument *a contrario* que d'en conclure que l'époux, contre lequel le divorce ou la séparation a été prononcé, ne les conserve pas; aussi tel est le sens généralement reconnu de l'article 1518.

Il nous est donc impossible d'admettre, avec Merlin, que « cet article ne dit pas quel sera, par rapport à l'expectative du préciput, le sort de l'époux contre lequel a été prononcée la séparation de corps. » (*Rép.*, t. XVI, v° *Séparation de corps*, § 4, n° 5, p. 64, note 2.) Et nous pourrions encore moins convenir, avec Toullier, que s'il résulte de l'article 1518 que l'époux coupable perd ses droits au préciput, « cette conséquence, vraie dans les cas de divorce, peut souffrir difficulté dans le cas de séparation de corps.... » (T. II, n° 781, note 1.) Quelque parti, en effet, que vous preniez sur les articles 299 et 300, force est bien de reconnaître que l'article 1518 est trop formel pour se prêter à une distinction quelconque entre la séparation de corps et le divorce.

521. — Ce n'est donc finalement que sur l'application des articles 299 et 300 à la séparation de corps que s'élève la difficulté; mais cette fois une des difficultés les plus graves qui puissent exercer les méditations des jurisconsultes, difficulté célèbre entre toutes les autres par sa haute importance et par les magnifiques débats auxquels elle a donné lieu.

Plusieurs opinions sont en présence :

La première enseigne que les donations entre époux

ne sont ni révoquées de plein droit, en vertu de l'article 299, par la séparation de corps, ni révocables, en vertu de l'article 955, pour cause d'ingratitude.

La seconde repousse aussi la révocation de plein droit, en vertu de l'article 299; mais elle admet la révocabilité, en vertu de l'article 955.

La troisième, au contraire, admet la révocation de plein droit et l'application à la séparation de corps des articles 299 et 300; mais elle repousse ou paraît du moins généralement repousser la révocabilité, en vertu de l'article 955.

Nous verrons enfin s'il ne serait pas possible de proposer une quatrième opinion, qui admettrait tout ensemble et la révocation et la révocabilité.

Écoutons les motifs essentiels de chacune de ces théories.

522. — N° 1. Voici venir d'abord le système, qui professe la *non révocation* et la *non révocabilité*.

A. *La non révocation :* Les peines ne sauraient être étendues au delà des termes précis de la loi; or, d'une part, les articles 299 et 300 renferment des dispositions pénales d'autant plus dures, qu'elles méconnaissent le principe de la réciprocité des donations et le caractère presque commutatif qui en résulte; d'autre part, ces articles ne s'appliquent textuellement qu'au divorce; donc, ils ne peuvent pas être appliqués à la séparation de corps. En vain on invoquerait la plus parfaite identité de motifs entre les deux situations! en vain on prétendrait que le législateur a eu certainement la volonté de les assimiler sous ce rapport! Quand tout cela serait vrai, l'opinion contraire n'en serait pas plus avancée; car il resterait aussi toujours vrai que le législateur, si tant est qu'il ait eu cette volonté, aurait négligé de l'exprimer; et il n'appartiendrait en aucun cas aux

juges de réparer une telle lacune. Mais il ne faut pas faire, d'ailleurs, ces concessions. Non! le législateur n'a pas voulu assimiler, à cet égard, la séparation de corps au divorce; et il n'a pas dû le vouloir, parce qu'il n'y avait point, en effet, les mêmes motifs. Il ne l'a pas voulu! car il ne l'a pas dit; et certes cela était bien nécessaire! et il n'eût pas manqué de s'en expliquer, s'il avait eu, en effet, l'intention d'étendre à la séparation cette pénalité si énergique et si grave. Voyez au contraire avec quel soin il a précisé ceux des articles qu'il entendait rendre communs aux deux institutions (art. 1441, 1449, 1452, 1453); notez surtout l'article 308, qui reproduit textuellement, pour la séparation de corps, la disposition déjà pourtant formulée pour le divorce dans l'article 298. C'est donc que le législateur ne considérait pas que tous les articles qui règlent les effets du divorce, seraient de plein droit applicables à la séparation! et s'il a cru devoir reproduire l'article 298 dans l'article 308, comment penser qu'il eût gardé le silence sur les articles qui le suivaient immédiatement, sur les articles 299 et 300, qui, eux aussi, consacraient une pénalité exorbitante! — On applique sans difficulté à la séparation de corps beaucoup de dispositions relatives au divorce, quoiqu'elles n'aient pas été non plus reproduites. — Oui! des dispositions réglementaires, comme par exemple les articles 302 et 303, qui ne prescrivent que des mesures d'ordre et d'administration que, dans le silence même des textes, les magistrats auraient pu ordonner; mais telle n'est point, apparemment, la disposition de l'article 299!

Et pourquoi le législateur n'a pas dû vouloir étendre l'article 299 à la séparation de corps, il est facile de le comprendre. Dans le cas de divorce, rien ne s'opposait à la révocation des donations; tout,

au contraire, la rendait nécessaire. Que pouvait-on craindre, en effet? de violer la règle de l'immutabilité de conventions matrimoniales? mais les conventions matrimoniales étaient à jamais dissoutes avec le mariage! — d'empêcher la réunion des époux? mais les époux divorcés ne pouvaient jamais se réunir! (Article 295.) — Mais il y avait alors un autre danger; c'est que chacun des conjoints divorcés pouvait se remarier, et qu'il n'était pas possible *de laisser l'époux, qui avait obtenu le divorce, vivre avec l'expectative que ces dons pourraient servir de dot à un second mariage et d'héritage à d'autres enfants* (M. Dupin, *infra*, n° 522). Qu'est-ce à dire? que la révocation de plein droit prononcée par l'article 299 n'avait pas seulement pour cause l'ingratitude de l'époux contre lequel le divorce avait été admis, mais qu'elle était surtout la conséquence de la dissolution du mariage; or, la séparation de corps ne dissout pas le lien du mariage; donc, les conventions matrimoniales doivent demeurer toujours aussi immuables et indissolubles (art. 1395); donc, il ne faut pas, en révoquant les donations, changer la position réciproque des époux, et créer ainsi des obstacles à leur réconciliation. Et voilà bien pourquoi les articles 386 et 767 ne s'appliquent aussi qu'au divorce, de l'aveu à peu près unanime de toutes les opinions! Que conclure, après cela, de l'article 1518, qui assimile la séparation au divorce, en ce qui concerne la perte du préciput, sinon que le préciput étant une délibération de la communauté, la loi n'a pas voulu en accorder le bénéfice à l'époux qui, par sa faute, avait causé, avant le temps, la dissolution de cette communauté. C'est donc là une disposition spéciale qui laisse subsister d'ailleurs, dans toute leur force, les arguments par lesquels il vient d'être démontré que les articles 299

et 300 ne sauraient être étendus à la séparation de corps.

B. *La non révocabilité :* Aux termes de l'article 959, « les donations en faveur de mariage, ne sont pas ré- « vocables pour cause d'ingratitude; » or, il résulte encore ici des textes de la loi, aussi bien que de ses motifs, que les donations entre époux sont comprises sous cette dénomination générale; donc, elles ne sont pas même révocables, en vertu de l'article 955.

Consultez en effet les textes; nulle part vous ne trouverez sous ce rapport, de distinction entre les donations faites par les tiers aux époux et les donations faites par l'un des époux à l'autre; partout ces mots : *donations par contrat de mariage*, s'appliquent indistinctement aux unes et aux autres (liv. III, tit. III, chap. VIII et IX); bien plus, on n'hésite pas à appliquer aux donations entre époux l'article 1088, qui s'occupe textuellement des donations *en faveur du mariage;* et ce qui est enfin décisif, c'est l'article 960, qui comprend en toutes lettres, dans la classe des donations *en faveur du mariage,* les donations faites *par l'un des conjoints à l'autre ;* de telle sorte qu'il faudrait dans l'opinion contraire, admettre que le Code Napoléon aurait attaché à ces mêmes mots, dans deux articles qui se tiennent (959, 960), deux acceptions diamétralement opposées !

Qu'est-ce donc en effet qu'une donation en *faveur du mariage?* c'est toute libéralité qui le facilite et le favorise, qui en forme la condition presque toujours déterminante; or, n'est-il pas incontestable que les donations entre époux ont également ce caractère, et la plupart des mariages ne se forment-ils pas sur la foi des donations que l'un des futurs époux fait à l'autre, ou qu'ils se font réciproquement? — On objecte que ces sortes de libéralités sont exclusive-

ment personnelles à l'époux gratifié, tandis que les donations faites par des tiers à l'un des époux, sont faites aussi en contemplation et dans l'intérêt de l'autre époux et des enfants à naître; puis on en conclut que, dans le premier cas, la révocation peut atteindre l'époux coupable sans danger pour l'autre époux qui recouvre lui-même le bien donné, ni pour ses enfants qui le retrouveront plus tard dans sa succession; tandis que la révocation prononcée dans le second cas, atteindrait toute la famille innocente. — Mais remarquez d'abord que cette différence n'est pas toujours exacte; car la donation faite par un tiers à l'un des époux, pourrait par exemple consister dans un usufruit; et quoiqu'elle fût alors personnelle à l'époux, elle n'en serait pas moins à l'abri de la révocation pour cause d'ingratitude. C'est que l'article 959 repose sur un motif plus général et plus élevé, savoir : sur cette irrévocabilité des conventions matrimoniales, qui tout à l'heure s'opposait à la révocation de plein droit, et qui ne s'oppose pas moins à la révocabilité.

On prétend appliquer l'article 955 aux dons entre époux! c'est-à-dire que l'on veut créer entre eux, une cause de révocation spéciale, distincte et indépendante de toute demande en séparation de corps! Mais y a-t-on bien songé. Comment! l'un des époux aurait le droit, sans demander la séparation de corps, de demander la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude de son époux!! vous figurez-vous bien ensuite ce ménage et cet intérieur! Mais ce n'est pas tout! une fois engagé dans cette voie, vous en viendrez à dire que les héritiers de l'un des époux décédé peuvent, eux aussi, intenter l'action en révocation; l'intenter, lors même que leur auteur aurait demandé et obtenu sa séparation de corps sans conclure lui-même à cette révocation! bien plus, lors même qu'il n'aurait jamais demandé

ni sa séparation de corps, ni la révocation des donations par lui faites; que ses héritiers pourront venir troubler sa mémoire, livrer au public les secrets qu'il avait cachés! et cela, à quelque époque que puissent remonter les prétendus faits d'ingratitude; car, direz-vous encore, la prescription ne courant pas entre époux, le délai d'un an déterminé par l'article 957, n'a pas pu en effet courir contre le conjoint offensé! Or, ces conséquences ne sont-elles pas absolument inadmissibles?

Tel est le premier système, celui que pendant trente ans, la chambre civile de la Cour suprême avait persévéramment consacré, malgré la résistance de presque toutes les Cours impériales; celui qui a été développé par M. Dupin, avec cette vive dialectique, qui distingue l'illustre procureur général (comp. Cass., 13 juill. 1813, Belca, Sirey, 1815, I, 115; Cass., 17 juin 1822, Scheppers, Sirey, 1822, I, 359; Cass., 19 août 1823, Mesnel, Sirey, 1824, I, 30; Agen, 28 avril 1824, Mollié, Sirey, 1824, II, 356; Cass., 13 fév. 1826, Mareschal, Sirey, 1826, I, 265; Douai, 15 janv. 1826, Thuillier, Sirey, 1828, II, 140; Cass., 30 mars 1836, Dauriac, Dev., 1836, I, 728; Rouen, 28 janv. 1837, Cardine, Dev., 1837, II, 166; Riom, 18 août 1839, Valery, Dev., 1840, II, 59; Cass., 21 déc. 1842, Lefoulon, Dev., 1843, I, 728; Cass., 21 nov. 1843, Levarlet, Dev., 1844, I, 43; Riom, 4 déc. 1843, Besson-Larochette, Dev., 1844, II, 78; Douai, 10 mai 1847, Descarpentries, Dev., 1848, II, 194; (arrêt cassé, *infra*); Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Sép. de corps*, § 4, n° 5, et *Quest. de droit*, t. VII, *eod. verb.*, § 1; Toullier, t. II, n° 781; Grenier, *des Donations*, t. II, p. 404; Duranton, t. II, n° 629; Coin-Delisle, *sur l'article* 959, n°s 4 et suiv.; Bayle-Mouillard, sur Grenier,

des Donat., t. I, n° 220; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 415).

523.— J'essayerai tout à l'heure de répondre à cette opinion; mais je ne puis m'empêcher dès à présent de signaler tout ce qu'il y a, selon moi, d'illogique et de dangereux dans la conclusion absolue qu'elle propose.

Comment! la loi accorde au donateur l'action en révocation pour cause d'ingratitude contre tout donataire, parent ou même étranger; et parce que ce donataire serait l'époux du donateur, c'est-à-dire parce que son ingratitude serait plus profonde, parce que, doublement coupable, il aurait violé tout ensemble ses devoirs d'époux et de donateur, l'impunité lui serait assurée!... assurée toujours et quand même! En vérité, cela serait inexplicable.

Mais non-seulement vous ne punissez pas l'époux coupable; très-souvent même votre théorie va le récompenser; et, par conséquent, elle a pour résultat d'enhardir et de provoquer son ingratitude. Quel avenir, par exemple, promettez-vous à cette femme, qui supporte impatiemment la discipline de la famille et toutes les habitudes d'ordre et de moralité? — Vous la menacez de la séparation de corps! — C'est-à-dire que vous allez lui rendre : 1° sa liberté; 2° sa part dans la communauté et tous ses biens personnels. L'indépendance avec la fortune! eh mon Dieu! c'est tout ce qu'elle vous demande, et la voilà au comble de ses vœux! Non, je ne puis pas croire que le législateur n'ait pas du moins corrigé cet effet de la séparation par quelque déchéance; et quand j'entends cette théorie nous recommander de bien prendre garde d'empêcher les réconciliations, je trouve qu'elle a raison, en effet, de s'en préoccuper; car il se pourrait, plus d'une fois peut-être, qu'elle eût le devoir de guérir le mal qu'elle aurait fait.

Mais est-il vrai même qu'elle favorise les réconciliations? Je ne le crois pas. Est-ce que l'époux, déchu des avantages qui lui avaient été faits, n'aura pas, au contraire, un motif de plus, un intérêt de plus, à faire oublier le passé, à se rapprocher de son conjoint, à reconquérir ses libéralités avec son affection? Ce conjoint lui-même, demeurant toujours libre, en se réconciliant, de conserver ce qu'il a repris ou de le rendre, il s'ensuit que la révocation des donations, loin de pouvoir, sous aucun rapport, faire obstacle à la réunion des époux, serait bien plutôt susceptible de la favoriser.

524. — N° 2. La seconde opinion repousse également la révocation de plein droit, c'est-à-dire l'application de l'article 299 à la séparation de corps; mais elle admet la révocabilité, en vertu de l'article 953.

Je ne crois pas que cette distinction soit conforme à notre Code Napoléon; mais je reconnais les considérations puissantes et les précieux avantages qui la recommanderaient, s'il s'agissait d'une loi à faire. La révocation de plein droit, la révocation nécessaire soulève certainement de graves objections. En ménage, il est bien rare que l'un des époux ait seul tous les torts! celui-là même qui est devenu finalement le plus coupable, celui-là contre lequel il est juste de prononcer la séparation de corps, celui-là pourtant n'aurait peut-être jamais failli, si son conjoint n'avait pas d'abord commencé! et quoique le provocateur n'ait pas, lui, dépassé toute mesure, quoique ses torts ne suffisent pas pour excuser ceux de l'autre, ils servent du moins très-souvent à les expliquer aux yeux des magistrats, qui, tout en reconnaissant que la séparation est nécessaire entre ces deux époux, peuvent néanmoins regretter de voir si rudement puni un conjoint qui a été quelquefois poussé

à bout! Une loi qui s'en remettrait aux magistrats du soin d'apprécier toutes les circonstances, et leur laisserait le pouvoir de prononcer ou de ne pas prononcer la révocation, cette loi ne serait-elle pas dès lors plus intelligente et plus équitable?

La Cour de Caen a fait une application très-remarquable de cette seconde théorie, en décidant que les excès peuvent être assez graves pour faire prononcer la séparation de corps, sans avoir pourtant, sous un autre rapport, le caractère de gravité nécessaire pour faire prononcer la révocation des libéralités faites à l'époux contre lequel elle est prononcée (comp. 2e chambre, 23 mai 1845, Lechevalier, *Rec. de Caen*, t. IX, p. 289; ajout. Rouen, 23 fév. 1828, Peudoux, Sirey, 1828, II, 141; Caen, 2e chambre, 5 mars 1834, Lecture, et 9 déc. 1836, Vincent, Dev., 1837, II, 164; Caen, 1er avril 1839, Lefoulon, Dev., 1839, II, 372; Caen, 1re chambre, 18 juill. 1843, Angoville, *Rec. de Caen*, t. VII, p. 385; Poujol, art. 959, n° 8; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 179-181; Massé et Vergé, t. I, p. 281; Demante, t. II, nos 29 *bis*, I et II).

525. — N° 3. La troisième opinion, qui se sépare profondément des deux autres, applique à la séparation de corps les articles 299 et 300. Elle prononce donc la révocation de plein droit; et il lui paraît dès lors superflu de s'occuper de la révocabilité, c'est-à-dire du point de savoir si l'article 953 est applicable aux dons entre époux.

C'est ce système que la Cour de Cassation, chambres réunies, a consacré par son arrêt du 23 mai 1845, arrêt solennel, qui a renversé en un jour une jurisprudence maintenue pendant trente années par la chambre civile, et que la chambre civile elle-même a depuis lors aussi accepté (Paris, 8 mars 1823, Mareschal, Sirey, 1823, II, 234; Bordeaux, 31 mai

1838, Dauriac; Rouen, 15 nov. 1838, Delalande, Dev., 1839, II, 14; Rennes, 21 juill. 1843, Lefoulon, Dev. 1843, I, 729; Cass., 23 mai 1845, Lefoulon, D. 1845, I, 225; Cass., 17 juin 1845, Duchesne, D. 1845, I, 415; Cass., 28 avril 1846, Chalmel, Dev., 1846, I, 383; Paris, 5 fév. 1847, Rouget, Dev., 1847, II, 91; Colmar, 15 juill. 1846, Oberlin, Dev., 1847, II, 196; Riom, 5 nov. 1846, Jozon, Dev., 1848, II, 299; Cass., 25 avril 1849, Perreau, Dev., 1849, II, 505; Cass., 18 juin 1849, Descarpentries, Dev., 1850, I, 225; Paris, 8 août 1853, Duboscq, Dev., 1853, II, 495; Delvincourt, t. I, p. 86, note 1; Proudhon et Valette, t. I, p. 543-548; Vazeille, t. II, n° 589; Dalloz aîné, t. XI, v° *Sép. de corps*, chap. I, sect. IV; Pont, *Revue de droit français et étranger*, 1844, p. 339, et *Revue de législ. et de jurisp.*, 1845, p. 90; Marcadé, art. 311, n° 2; Massol, p. 297, n° 52; Troplong, *Donat. et testam.*, t. III, n°s 1348-1350; Valette, *Explicat. somm. du Liv. I du Cod. Napol.*, p. 150, 151).

526. — N 4. Quel parti prendre dans ce grand et difficile débat?

Je croirais, pour mon compte :

1° Que l'article 299 est applicable à la séparation de corps, et que l'époux contre lequel elle a été prononcée, perd de plein droit les avantages que son conjoint lui avait faits;

2° Que même l'article 955 est applicable aux donations entre époux, et que ces donations, révoquées de plein droit en cas de séparation de corps, sont en outre révocables pour cause d'ingratitude.

Je n'ignore pas tout ce que cette double proposition peut susciter de controverses.

Mais je vais essayer de l'expliquer.

527. — Je dis d'abord que les articles 299 et 300 sont applicables à la séparation de corps.

Voici mes motifs :

1° Il est certain que notre ancienne jurisprudence autorisait l'époux, qui avait obtenu la séparation de corps, à faire prononcer la révocation des libéralités qu'il avait faites à son conjoint; l'époux, dis-je : la femme donc contre le mari, aussi bien que le mari contre la femme, et quelle que fût la cause de la séparation. Il ne me paraît pas exact d'avancer, comme on l'a fait (Duranton, t. II, n° 629), que cette déchéance ne s'appliquait qu'à la femme convaincue d'adultère. Il est vrai que c'est l'authentique *Sed hodie*, au Code *ad Legem Juliam de adulteriis*, qui engendra d'abord le principe de la révocation; mais la jurisprudence le généralisa; et le reproche qu'on semble faire aux Parlements d'avoir usé en cela, comme en bien d'autres occasions d'ailleurs, d'*un pouvoir à peu près absolu* (Dupin), ce reproche même est une preuve de la vérité de cette jurisprudence, qui nous a été d'ailleurs transmise par des témoignages irrécusables (Bourjon, *Droit commun de la France*, t. II, p. 138, VIe part., *des Donat.*, chap. I, sect. I, n° 2; Despeisses, tit. XV, *du Mariage*, sect. V, n° 23; Duplessis, *des Donat. entre-vifs*, t. I, p. 560, liv. II, chap. III, sect. II; Denizart, v° *Révoc. de donat.*, n^e^ 13, et v° *Sép. de corps*, n° 76; Cass., 10 août 1809, T..., Sirey, 1810, I, 96; Cass., 4 déc. 1810, de Valadoux, Sirey, 1811, I, 46).

Aussi mon but, en ce moment, n'est-il pas de rétablir une tradition qui ne saurait être méconnue, mais d'en déduire les conséquences importantes qu'elle renferme. Ne nous démontre-t-elle pas en effet que la révocation des donations faites par l'un des époux à l'autre, loin d'être, à cette époque, regardée comme incompatible avec la séparation de corps, en était, au contraire, une des suites sinon alors nécessaires, du

moins ordinaires et naturelles. Quoi! dans ces temps mêmes, où la loi civile, soumise à la loi religieuse, proclamait aussi comme un dogme l'indissolubilité absolue du mariage; dans ces temps, où la séparation de corps elle-même était prononcée par le juge ecclésiastique, et conservait toujours un caractère provisoire, on n'hésitait pas à révoquer les libéralités que l'époux coupable avait reçues de son époux! Comment croire, après cela, que les rédacteurs du Code Napoléon, qui admettaient le divorce, et qui ne voyaient même dans la séparation de corps qu'une sorte de divorce perpétuel, comment croire qu'ils aient éprouvé des craintes et des scrupules que l'ancien droit n'avait pas eus!

C'est que cette déchéance ne dérive pas en effet de la dissolution du mariage; la preuve en est que, d'après le Code Napoléon, le divorce par consentement mutuel ne l'engendrait pas, quoiqu'il produisît aussi la dissolution du mariage; et même dans le cas de divorce pour cause déterminée, cette déchéance n'atteignait que l'époux contre lequel il était admis, quoique pourtant sans doute le mariage, en ce qui concernait l'autre conjoint, fût bien aussi dissous! La révocation des libéralités n'est donc pas liée, je le répète, à la dissolution du mariage par le divorce; elle a, tout au contraire, d'autres causes, savoir : l'ingratitude de l'époux donataire, et l'inexécution des conditions de la donation. Et ce dernier motif répond suffisamment à l'objection tirée de ce que le divorce prononcé contre l'époux frappé d'une condamnation infamante, emportait aussi cette déchéance, quoique cet époux pût n'avoir pas été ingrat envers son conjoint personnellement. Mais il avait souillé l'honneur de son nom! mais il avait trompé ses espérances et violé les conditions de la libéralité. Voilà, dis-je, les

vraies causes de la révocation; elles ne tiennent pas au divorce, elles ne tiennent pas à la dissolution du mariage; elles se réalisent tout aussi sérieuses, tout aussi légitimes, dans le cas de séparation de corps.

2° Au moment donc où les rédacteurs du Code Napoléon empruntaient à l'ancien droit le principe de la révocation pour l'appliquer plus énergiquement encore au divorce, ils pouvaient, certes, l'appliquer également à la séparation.

Ce qu'ils pouvaient, l'ont-ils voulu faire? et l'ont-ils fait?

S'ils l'ont voulu! La preuve en résulte de toutes les discussions qui attestent, en effet, la double volonté : 1° de *laisser l'usage de la séparation de corps....* de la *rétablir* (Locré, *Législ. civ.*, t. V, p. 23, 136, etc.), c'est-à-dire de maintenir exactement en ce point les traditions du passé; 2° de *faire marcher la séparation de corps parallèlement avec le divorce* (Locré, *loc. cit.*) comme deux institutions égales, soumises absolument aux mêmes causes, et produisant les mêmes effets, moins l'effet, très-essentiel sans doute, de la dissolution du mariage.

Et c'est principalement cette dernière idée qui me semble ici décisive. Les auteurs du Code Napoléon en effet n'ont pas considéré la séparation de corps comme un remède moins violent, qui pourrait être employé plus facilement que le divorce, et comme une simple trêve entre les époux. Ils auraient pu sans doute l'envisager ainsi; mais il me paraît certain qu'ils ne l'ont pas fait. La séparation de corps, à leurs yeux, c'était le *divorce des catholiques!* Et savez-vous pourquoi ils ne l'avaient point d'abord permise? Était-ce aussi de leur part intolérance et persécution? non sans doute; la réaction avait fait son temps; c'était déjà l'époque des idées libérales, déjà l'avénement de cette égalité civile

que les nouveaux Codes allaient fonder. On n'avait admis que le divorce, « parce que, disait Tronchet, le catholique, qui ne verra que ce moyen de quitter son époux, l'emploiera; et, pour obéir à ses principes, il ne contractera pas un nouveau mariage.... » Mais Portalis répondit que le catholique ne satisferait jamais à sa conscience en obtenant le divorce, « puisqu'il donnerait ainsi à l'autre époux la faculté de méconnaître l'indissolubilité du mariage.... » (Locré, *Législ. civ.*, t. V, p. 138, 139). Et la séparation de corps fut en conséquence introduite, pour ne point placer les époux catholiques dans la nécessité de choisir entre leurs croyances religieuses et leur intérêt personnel et pécuniaire; or, cette nécessité aurait existé toujours, si la séparation de corps n'eût pas produit les mêmes déchéances que le divorce; donc, les auteurs du Code Napoléon, dans l'ordre d'idées où ils se plaçaient, ont voulu et dû nécessairement vouloir y attacher ces mêmes déchéances.

Ce qu'ils ont voulu faire, l'ont-ils fait?

Je ne dirai pas, certes, que la manifestation de leur volonté soit évidente, quand j'entends, à trente années d'intervalle, les deux chefs du parquet de la Cour de Cassation déclarer, presque dans les mêmes termes, ... *que ce système* (de la révocation de plein droit) *est insoutenable!...* (Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Séparation de corps*, § 4, n° 5).... et qu'on ne peut l'appliquer *sans commettre le plus grave excès de pouvoir!* (Dupin, 23 mai 1845, D., 1845, I, 225); quand je considère aussi la jurisprudence de cette Cour elle-même, qui, pendant toute cette période, refusa d'appliquer l'article 299 à la séparation de corps. Je conçois même que les opinions contraires se fassent un moyen de ces précédents et soutiennent que l'obscurité si bien constatée des textes, suffit pour que ces dispositions pé-

nales ne soient pas appliquées. Mais pourtant je crois que la volonté du législateur, qui aurait dû sans doute se révéler d'une façon plus claire, est néanmoins assez formulée pour qu'il soit possible de la reconnaître. Comment en effet s'expliquer son silence presque absolu sur les conséquences de la séparation? n'est-il pas clair qu'il a entendu qu'elles seraient les mêmes que dans le divorce, en tant qu'elles ne dérivaient pas de la dissolution du mariage?

Trois articles seulement s'occupent des effets de la séparation de corps; et tous les trois, ceci est très-remarquable, renferment certaines dispositions spéciales et qu'il était, en effet, nécessaire de formuler positivement.

1° L'article 308 : la peine de l'emprisonnement était déjà, il est vrai, décrétée dans l'article 298; mais il s'agissait ici non pas d'une déchéance pécuniaire, de la résolution, de la révocation d'un acte civil pour cause d'inexécution des conditions, c'est-à-dire pour une cause fondée sur l'équité et sur le droit commun; il s'agissait d'une peine physique, d'un châtiment corporel, et on sait que dans l'ordre des lois véritablement pénales, il faut rigoureusement s'en tenir à la lettre. Ajoutez que la faculté que l'on accordait au mari de reprendre sa femme (art. 309), nécessitait de plus en plus le rappel de cette disposition.

2° L'article 310 : il suffit de le lire pour reconnaître qu'il ne concerne que la séparation de corps.

3° L'article 311 enfin déclare que la séparation de corps emportera la séparation de biens, parce qu'on aurait pu se demander peut-être si la dissolution de la communauté n'était pas aussi, dans le cas de divorce, une conséquence de la dissolution du mariage.

Voilà tout! hors ces trois articles, rien! plus un seul mot des effets de la séparation de corps, de ces effets

qui, selon M. Treilhard, *sont peu différents* de ceux du divorce; qui, selon M. Rœderer, *sont les mêmes*, moins la dissolution du mariage (séance du Conseil d'État du 16 octobre 1801).

Mais c'est l'article 1518 qui est surtout déterminant, soit par la forme de sa rédaction, soit par le caractère même de la déchéance par laquelle il assimile la séparation de corps au divorce. — *Par la rédaction :* remarquez, en effet, que l'article 1518 ne prononce pas lui-même la déchéance du préciput contre l'époux qui a donné lieu à la séparation; cette déchéance, il la suppose virtuellement déjà prononcée par une disposition antérieure; or, cette disposition ne peut être que l'article 299; donc, il résulte de cet article 1518, que l'article 299 est applicable à la séparation comme au divorce. — *Par le caractère de la déchéance* : car si l'époux contre lequel la séparation a été prononcée, perd de plein droit le préciput, c'est-à-dire une convention de mariage plutôt encore qu'une libéralité (art. 1516), ne serait-il pas bien extraordinaire qu'il conservât des libéralités pures ! C'est donc *a fortiori*, qu'il faut argumenter de l'article 1518; et c'est là l'écueil où les plus habiles partisans de l'opinion contraire ont toujours échoué (*supra*, n° 520). Nous avons expliqué, d'ailleurs, par quels motifs particuliers les dispositions des articles 386 et 767 n'avaient pas dû être étendues à la séparation de corps.

Notons enfin qu'aux termes de l'article 310, lorsque la séparation de corps, prononcée pour toute autre cause que l'adultère de la femme, avait duré trois ans, l'époux originairement défendeur était en droit d'obtenir le divorce, si le demandeur originaire ne consentait pas immédiatement à faire cesser la séparation. Or, voyez ce qui serait arrivé si la sépa-

ration de corps n'avait pas elle-même révoqué les avantages que l'époux défendeur avait reçus? c'est que cet époux lui-même, en obtenant le divorce, aurait reconquis les avantages qu'il avait faits à son conjoint; de telle sorte que la déchéance aurait épargné l'époux coupable et frappé l'époux innocent! Aucun système ne tiendrait, certes, devant un tel résultat; aussi a-t-on répondu que l'article 299 n'aurait pas pu être invoqué par l'époux qui aurait obtenu le divorce dans le cas de l'article 310 (Zachariæ, t. III, p. 377); et M. Dupin a même été jusqu'à dire que, « dans ce cas, l'article 299 devait recevoir son exécution contre l'époux qui était originairement défendeur.... » Mais pourtant le texte de l'article 299 est bien général : « Pour quelque cause que le divorce ait « lieu, l'époux, contre lequel le divorce aura été admis, perdra.... »

527 *bis.* — La jurisprudence a même aussi décidé que le mot *avantages*, dans l'article 299, comprend les testaments comme les donations entre-vifs, et que, en conséquence, la séparation de corps emporte, à l'égard de l'époux contre lequel elle a été prononcée, la révocation de plein droit du testament, que l'autre époux avait fait, en sa faveur, avant la séparation. (Comp. cass. 5 déc. 1849, Bouscatel, Dev., 1850, I, 5; Nancy, 16 févr. 1850, Cardot, Dev., 1852, II, 521.)

Et cette décision nous paraît, en effet, très-juridique.

On objectait que, aux termes de l'article 1035, un testament ne peut être révoqué que par un testament postérieur ou par un acte devant notaire portant déclaration du changement de volonté, et que d'ailleurs la révocation de plein droit n'était pas nécessaire comme pour les donations entre-vifs, puisque l'époux

était libre de révoquer lui-même son testament, s'il le voulait.

Mais il est clair que l'objection déduite de l'article 1035 n'a aucune valeur, si la loi elle-même, dans le cas spécial qui nous occupe, a prononcé de plein droit la révocation du testament; or, comment nier cette révocation de plein droit, en présence d'un texte qui l'applique dans les termes les plus généraux et les plus absolus à tous les *avantages*, que l'époux avait faits à son époux? Telle est la loi qui aura considéré sans doute que cette révocation de plein droit était, pour tous les cas, en même temps que morale et exemplaire, conforme à l'intention très-vraisemblable ou plutôt très-certaine de l'époux disposant, qui est libre, d'ailleurs aussi, s'il le veut, de recommencer ses dispositions, quelles qu'elles soient. (*Voy.* le remarquable article de M. Nicias-Gaillard, dans la *Revue de législation et de jurisprudence*, 1850, t. I, p. 129; *voy.* aussi *Revue critique de jurisprudence*, 1851, p. 462, Observations de Marcadé.)

Mais, bien entendu, il ne faut pas aller au delà; la révocation ne s'applique pas à des avantages, que l'époux, contre lequel la séparation de corps a été prononcée, aurait reçus d'un autre que de son conjoint. (*Voy.* aussi n° 529.)

528. — Je dis, en second lieu, que les donations, qui sont révoquées de plein droit par la séparation de corps, en vertu de l'article 299, sont en outre révocables pour cause d'ingratitude, en vertu de l'article 953.

Mais voilà que tout d'abord on m'arrête : — à quoi bon? et pourquoi ce luxe de déchéances? c'est inutile! tout est dit avec l'article 299. « Les deux questions n'en font en quelque sorte qu'une. » (Marcadé, art. 959, n° 1.) — « C'est une question subsidiaire, qui suppose la solution négative sur la question de

l'article 299. » (Pont, *Revue de législ.*, 1845, p. 111, note 1.) Et enfin, suivant le Recueil de M. Dalloz, l'opinion que je vais fonder sur l'article 959, ne serait que le dernier *expédient* d'une théorie aux abois (1845, I, 225).

Je ne crois pas qu'il en soit ainsi ; et j'essayerai au contraire d'établir que, même en admettant la révocation de plein droit comme un effet de la séparation de corps, il peut y avoir encore beaucoup d'intérêt et d'importance à admettre la révocabilité pour cause d'ingratitude, en vertu de l'article 953.

J'en fournirai deux exemples :

1° La séparation n'a pas été demandée; mais l'époux outragé est mort sans connaître l'ingratitude de son conjoint, ou peu de temps après l'avoir connue ; ou même il est mort victime d'un attentat commis par ce conjoint criminel !

2° La séparation a été prononcée; et l'époux, contre lequel le jugement a été rendu, a encouru la déchéance des libéralités que son conjoint lui avait faites. Mais voilà que l'autre conjoint lui-même commet, à son tour, des actes de la plus noire ingratitude envers son conjoint. Conservera-t-il donc, toujours et quand même ! les libéralités qui lui ont été faites, ces libéralités presque toujours d'abord réciproques, et qui n'ont cessé de l'être que par suite de l'ingratitude de l'autre époux? Il y a là, si je ne m'abuse, une situation infiniment grave ! C'est une femme, par exemple, qui a obtenu la séparation de corps contre son mari, pour cause d'excès et d'injures graves; et cette femme, désormais maîtresse d'elle-même, s'est déshonorée et perdue! et la voilà publiquement adultère !... Vous voyez bien que tout n'est pas dit, et qu'il y a encore là une libéralité qu'il serait juste et moral d'enlever aussi à cet époux ingrat et indigne à son tour.

Comment faire? Comment atteindre cette ingratitude?

Permettrons-nous à l'époux outragé de demander maintenant lui-même la séparation de corps? J'ai pensé, il est vrai, que, dans la même instance, les deux époux étaient recevables à former réciproquement cette demande l'un contre l'autre (*supra*, n° 416); oui, mais dans la *même instance*, et lorsque la séparation n'existe pas encore. Mais, quand les époux sont déjà séparés par une décision judiciaire irrévocable, il me paraît tout à fait impossible que cette séparation, qui existe, puisse être désormais demandée.

Dirons-nous, au contraire, que les torts personnels de l'époux, qui a obtenu le jugement de séparation de corps, doivent l'en faire déchoir?

Le droit canon paraît bien le décider ainsi. Je lis, en effet, dans Despeisses, le passage que voici : « Si, après la séparation de mariage, le marié, qui n'a pas failli, tombe en même faute que celui qui a donné lieu à la séparation, on oblige les mariés à retourner ensemble. » (Cap. *Intellexîmus*, VI, extr. *de Divort.*) Mais l'auteur ajoute aussitôt « que ce chapitre n'est pas suivi en France. » (*Des Contrats*, part. I, titre XIII, sect. IV, n° 17.) Et nous pourrions encore bien moins, sous le Code Napoléon, adopter une telle doctrine; car aucun texte n'a créé cette extraordinaire déchéance, par suite de laquelle la chose jugée se trouverait anéantie; car, si nous n'avons pas admis la compensation des torts dans l'instance même en séparation (*supra*, n° 415), *a fortiori* nous paraît-elle inadmissible, après la séparation prononcée.

Ce n'est donc qu'en vertu de l'article 953, qu'il nous sera possible d'atteindre cet époux ingrat; et je crois que cet article est alors en effet applicable.

Mais on oppose l'article 959 : « Les donations en fa-

« veur de mariage ne seront pas révocables pour cause » d'ingratitude. » (*Supra*, n° 522.)

Toute la question est donc de savoir si ces mots : *donations en faveur de mariage*, comprennent les donations faites par l'un des époux à l'autre.

Or, la négative me paraît résulter : — soit des motifs essentiels de cet article; — soit des traditions de l'ancienne jurisprudence, qu'il a certainement voulu reproduire; — soit enfin du rapprochement des différentes dispositions du Code Napoléon lui-même.

Pourquoi, en effet, l'article 959 excepte-t-il les donations *en faveur de mariage*, de la règle si morale et si exemplaire, qui déclare toute donation révocable pour cause d'ingratitude? c'est que cette révocation constitue une déchéance, à certains égards, pénale, et que les peines ne doivent atteindre que le coupable; c'est que la révocation, appliquée à ces sortes de donations, eût, au contraire, frappé l'autre époux et les enfants, toute la famille enfin, en faveur de laquelle la donation avait eu lieu; or, ces motifs sont absolument inapplicables aux libéralités faites par l'un des époux à l'autre; la révocation contre l'époux ingrat, n'atteindra ni l'autre époux sans doute, au profit duquel elle s'accomplira, ni les enfants, qui n'ont pas d'intérêt à ce que tel bien soit dans le patrimoine de l'un des auteurs de leurs jours, plutôt que dans le patrimoine de l'autre; je me trompe : je devrais dire qu'ils ont intérêt à ce que ce bien soit dans les mains de l'époux honnête et probe, plutôt que dans les mains de l'époux ingrat et très-probablement mauvais administrateur et mauvais père! donc, rien ne s'oppose à l'application de l'article 953, qui est même ici d'autant plus légitime, que l'ingratitude de l'époux donataire est certes bien plus coupable encore que celle du donataire étranger.

Aussi, notre ancien droit avait-il consacré ces principes. Quelques auteurs même, et des plus célèbres, ne voulaient admettre aucune espèce d'exception à la règle qui déclare les donations révocables pour cause d'ingratitude (Ricard, t. I, p. 566, n° 681; Pothier, *des Donations*, sect. III, art. 3, § 3; Valin, t. II, p. 303; Furgolles, *des Testam.*, chap. XI, sect. I, n° 166, t. IV, p. 257). Il est vrai que d'autres écrivains, et aussi la jurisprudence des arrêts, exceptaient au contraire les donations faites en faveur de mariage (Basnage, sur l'article 449, *Cout.*, t. II, p. 273, col. 2; Despeisses, part. I, tit. XIV, sect. IV, n° 6; Rousseau de la Combe, v° *Donation*, sect. III, n° 3; d'Olive, liv. IV, chap. V, p. 558). Mais remarquez bien que, même d'après ces derniers auteurs et d'après cette jurisprudence, les donations entre époux étaient révocables pour cause d'ingratitude; et cela pourquoi? était-ce par exception à cette disposition déjà exceptionnelle, qui affranchissait les donations *en faveur de mariage* de la révocabilité pour cause d'ingratitude? non, vraiment! c'était par un tout autre motif; c'était parce que les donations entre époux ne se trouvaient pas comprises dans l'exception; c'était enfin parce qu'on ne les considérait pas comme des donations *en faveur du mariage* (Merlin, *Rép.*, t. VIII, v° *Ingratitude*, n° 2, et *Instit. contract.*, § 9).

Telle était donc alors l'acception presque consacrée de ces mots; ils désignaient, parmi les donations faites dans le contrat de mariage, celles-là seulement qui s'adressaient au mariage lui-même, c'est-à-dire à l'établissement, à la famille, aux deux époux; celles-là, en effet, dans lesquelles les deux époux étaient directement ou indirectement donataires; celles-là enfin qui avaient pour objet des biens, dont ni l'un ni l'autre des époux n'aurait profité, si la donation n'avait point eu

lieu; or, ce caractère-là n'appartient évidemment qu'aux donations faites aux époux ou à l'un d'eux par des tiers, parents ou amis; et il leur appartient toujours, lors même que par une exception très-rare, cette donation consisterait en usufruit.

Ce n'est donc rien prouver que de dire : les donations par l'un des époux à l'autre sont aussi faites, à l'occasion du mariage; elles en sont aussi le plus souvent la condition déterminante! — Eh sans doute! elles sont faites à l'occasion du mariage, *propter nuptias*... Mais elles ne sont pas faites *en sa faveur*, dans le sens technique de ces mots. Le mariage lui-même, c'est-à-dire l'établissement, la maison qui va se former, n'y a pas d'intérêt! car le bien, donné ou non donné, sera toujours là, dans la main de l'un ou dans la main de l'autre, pour servir aux besoins du mariage.

Cela posé, comment croire que le Code Napoléon ait voulu dénaturer l'acception de ces mots, qu'il reproduisait exactement les mêmes, dans le même sujet! Aussi la preuve du contraire résulte-t-elle : 1° des discussions qui ont eu lieu sur l'article 959, et particulièrement des déclarations de MM. Jaubert et Bigot-Préameneu (Fenet, t. XII, p. 601, 636); — 2° de l'article 299, qui prononce précisément la révocation et même de plein droit, des donations faites par l'un des époux à l'autre; article évidemment inconciliable avec l'article 959, si celui-ci comprenait les donations entre époux; — 3° des articles 1082 et 1093 qui consacrent si formellement la différence entre les donations faites par des tiers aux époux ou à l'un d'eux, donations présumées faites alors *aux enfants et descendants à naître du mariage*, et les donations faites par l'un des époux à l'autre, donations toutes personnelles, qui ne comprennent pas les enfants; — 4° enfin, de

tous les autres articles de cette matière (chap. VIII et IX, tit. III, liv. III), où les donations par l'un des époux à l'autre, presque toujours désignées sous le nom spécial de donations *entre époux*, n'ont pas été une seule fois appelées donations *en faveur du mariage*. — Il est vrai que personne n'hésite à appliquer l'article 1088 aux donations entre époux; mais comment et pourquoi? par voie d'analogie et parce que c'est là une règle de raison et d'équité, une règle nécessaire d'interprétation qui n'aurait pas même eu besoin d'être écrite.

Enfin, quant à l'objection tirée de l'article 960, où les mots *donations en faveur du mariage*, comprennent en effet positivement les donations entre époux, il me semble qu'au point où nous en sommes, elle ne saurait nous empêcher d'arriver à la conclusion vers laquelle nous entraînent tous les arguments qui précèdent. L'article 960! — *il ne s'agit pas de le juger*, a dit M. Dupin! — C'est vrai; mais il nous sera permis toutefois de signaler l'évidente incorrection de cet article. Voyez un peu! il pose d'abord pour règle que les donations faites par une personne sans enfants, seront révoquées par la survenance d'un enfant au donateur, et il excepte.... quoi? la donation faite par l'ascendant à *son enfant* lui-même! Remarquez pourtant que cette exception, qui est un vrai *non-sens*, porte sur l'objet même, sur l'objet direct et principal de cet article. Au contraire, la question de savoir si ces mots : donations *en faveur du mariage*, doivent ou ne doivent pas comprendre les donations entre époux, cette question-là était tout à fait étrangère à celle dont l'article 960 s'occupait; et on comprend dès lors comment les rédacteurs n'ont pas pris le soin de les distinguer, dans un article qui devait d'ailleurs comprendre toutes les donations quelles qu'elles fussent. Ce serait là, en tous

cas, une inadvertance beaucoup plus explicable que celle que nous venons d'indiquer.

Je conclus donc que l'article 953 est applicable aux donations faites par l'un des époux à l'autre. — Mais enfin, me dit-on encore, ne serait-il pas inouï de voir un époux qui demanderait la révocation de sa donation, sans demander la séparation de corps! et, après la mort de l'un des époux, vous allez donc permettre à ses héritiers de demander la révocation contre l'époux survivant! — Il me semble que l'on se préoccupe un peu trop de ces conséquences et des inconvénients, qui, j'en conviens, s'y attachent. Ces hypothèses seront, je le crois, assez rares; et si elles se présentaient, les magistrats auraient à apprécier toutes les circonstances du fait. (Comp. Lyon, 4 mars 1852, Raffin, Dev., 1852, II, 481; Cass., 26 fév. 1856, Dupont; et 10 mars 1856, Pigache, Dev., 1856, I, 193, 200; *Revue critique de jurisprudence*, 1851, p. 321; 1854, p. 527; et 1859, p. 289, articles de M. Mimerel; Observations de M. Carette sur l'arrêt du 26 février 1856, *loc. supra cit.*)

529. — Il me paraît d'ailleurs certain, malgré le dissentiment de Delvincourt (t. I, p. 86, note 2), que les déchéances dont nous venons de parler, ne peuvent s'appliquer qu'aux donations que l'époux, qui a obtenu la séparation de corps, a faites lui-même à son époux (*supra*, n° 527 *bis*).

Celui-ci conserverait donc les libéralités qu'il aurait pu recevoir des parents, et même des père et mère de son conjoint. La loi du 20 septembre 1792 renfermait, à la vérité, une disposition contraire (art. 4, § 3) qu'il est permis peut-être de regretter; mais il n'en faut pas moins reconnaître que le Code Napoléon, loin de la maintenir, s'exprime dans des termes tout à fait limitatifs (comp. art. 299, 300). Comment! si l'époux contre lequel la séparation a été prononcée, avait commis des

actes d'ingratitude, directement et personnellement envers les ascendants de son conjoint, la révocation des libéralités qu'il aurait reçues d'eux, ne pourrait pas être prononcée; car ce sont bien là, pour le coup, des donations *en faveur du mariage* (art. 959); et on voudrait qu'il encourût cette révocation pour des faits d'ingratitude commis seulement envers un autre! (Proudhon, p. 523; Massol, p. 310, 311.)

530. — Quant à l'époux qui a obtenu la séparation de corps, « il conserve les avantages à lui faits par « l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés récipro- « ques, et que la réciprocité n'ait pas lieu. » (Art. 300.)

Il les conserve comme il les avait, tels qu'ils étaient, avec leur caractère et leurs effets; irrévocables, s'ils ont eu lieu par contrat de mariage (art. 1395); révocables, au contraire, s'ils n'ont eu lieu que depuis le mariage (art. 1096). — On a toutefois prétendu que l'époux contre lequel le divorce ou la séparation avait été prononcé, ne pouvait pas, désormais, révoquer les libéralités qu'il avait faites à son conjoint, même depuis le mariage. De même, a-t-on dit, que l'article 299 enlève à l'époux défendeur les avantages par lui reçus, soit dans le contrat de mariage, soit depuis le mariage; de même, l'article 300 conserve à l'époux demandeur les uns et les autres sans distinction (Toullier, t. II, n° 743; Proudhon, t. I, p. 518). — Mais l'époux demandeur ferait bien plus que de *conserver* les libéralités à lui faites depuis le mariage, si ces libéralités devenaient irrévocables! il les acquerrait, pour ainsi dire, en ce sens que ces libéralités auraient ainsi changé de caractère; or, la loi ne pouvait aller jusque-là sans dépasser la limite! il ne faut pas non plus que l'époux trouve trop d'avantages à obtenir la séparation de corps contre son époux (Duranton, t. II, n° 631; Massol, p. 311, n° 3).

CHAPITRE IV.

DE QUELLE MANIÈRE LA SÉPARATION DE CORPS PEUT-ELLE CESSER? ET QUELS SONT LES EFFETS DU RETOUR DES ÉPOUX A LA VIE COMMUNE?

SOMMAIRE.

531. — La séparation de corps peut cesser. — Division.
532. — 1° Le consentement des deux époux est-il nécessaire pour faire cesser la séparation?
533. — Suite.
534. — Le consentement des époux suffit, sans aucune formalité judiciaire ni extrajudiciaire.
535. — Le consentement des époux peut être exprès ou tacite.
536. — De quelle manière peut-il être prouvé?
536 *bis*. — Suite. — Examen d'une doctrine consacrée par un arrêt de la Cour de Paris, sur la réconciliation des époux, après la séparation de corps.
537. — De quels faits peut-on induire une réconciliation tacite?
538. — La réhabilitation de l'époux, contre lequel la séparation aurait été prononcée pour cause de condamnation à une peine infamante, ferait-elle cesser la séparation? — *Quid*, de la révision?
539. — L'article 310 ne peut plus recevoir d'application.
540. — 2° Effets de la cessation de la séparation de corps: — quant à la personne des époux;
541. — Quant à la personne des enfants.
542. — La séparation de biens ne cesse plus aujourd'hui de plein droit par le seul fait de la cessation de la séparation de corps.
543. — *Quid*, pourtant, si la séparation de biens n'avait pas été exécutée?
544. — L'article 1451 est-il applicable à toutes les conventions matrimoniales, et même aux donations portées dans le contrat de mariage?
545. — Ces donations renouvelées sont-elles révocables ou irrévocables?
546. — Dans quelle forme les donations doivent-elles être renouvelées?
547. — Les époux mineurs pourraient-ils consentir le rétablissement des conventions et des donations portées dans leur contrat de mariage?

548. — L'époux, qui a renoncé à la séparation de corps, peut la demander de nouveau; mais il faut qu'il la demande. — Les enquêtes antérieures peuvent-elles encore servir?

531. — La séparation de corps peut cesser par la réunion des époux; tel est, sinon l'espoir, du moins certes le vœu de la loi.

Il ne s'agit donc que de savoir :

1° Comment cette réunion peut s'opérer;

2° Quels en sont les effets quant aux personnes et quant aux biens.

532. — 1° Une opinion prétend, tout d'abord, que le consentement des deux époux n'est pas nécessaire à cet effet, et que « celui qui a obtenu le jugement, a le droit de renoncer à ses dispositions, en notifiant à son conjoint qu'il entend se réunir à lui. » (Comp. Zachariæ, édit. Massé et Vergé, t. I, p. 283; Duranton, t. II, n° 618; Locré, *Esprit du Code Napoléon*, t. IV, p. 496; Vazeille, t. II, n° 595; D., *Rec. alph.*, t. XI, v° *Sép. de corps*, chap. I, sect. III, n° 4; Favard, *Rép.*, *eod. verb.*, sect. II, § 4, t. III, p. 119.)

L'époux qui a succombé ne saurait, dit-on, se faire un titre de ce jugement même qui a constaté ses torts; aussi, résulte-t-il de l'article 309, que le mari qui a obtenu la séparation de corps contre sa femme, est libre de la *reprendre*, quand il veut bien renoncer à la faculté qu'il avait de ne plus la recevoir. On pourrait même, peut-être encore, invoquer en ce sens l'article 310, qui reconnaît bien que l'époux, originairement défendeur, ne peut point, par sa seule volonté, faire cesser la séparation, mais qui semblerait, par cela même, supposer qu'il en est autrement de la part de l'époux demandeur.

Je crois, néanmoins, que cette doctrine ne doit pas être suivie :

En règle générale, la décision judiciaire, une fois

rendue, crée, entre les parties, un véritable contrat; ou plutôt, le contrat s'est formé entre elles, le jour où l'instance engagée les a mises en présence du juge, avec l'obligation, de part et d'autre, d'accepter sa décision. Telle est, dis-je, la règle partout observée; je connais bien le *désistement*, c'est-à-dire la renonciation à une procédure commencée; mais l'anéantissement d'un jugement, par le seul fait de l'une des parties, fût-ce même de la partie victorieuse, cela me paraît tout à fait impossible (art. 1134, IIe part.). Le mariage, sans doute, a beaucoup de règles spéciales; mais il n'en faut pourtant pas conclure qu'on puisse s'affranchir arbitrairement, en cette matière, de tous les principes du droit commun, lorsque d'ailleurs la loi n'y a pas dérogé. L'article 309, en effet, ne me semble rien prouver, parce qu'en supposant que le mari *consent* à reprendre sa femme, il suppose virtuellement aussi le consentement de la femme elle-même; et c'est là d'ailleurs une disposition particulière qui avait, dans la pensée de la loi, un tout autre objet que la question qui nous occupe en ce moment. Il fallait bien qu'un texte formel autorisât le mari à faire remise à sa femme d'une peine prononcée par la justice (ajout. art. 337 C. pén.). J'en dirai autant de l'article 310 qui ne s'est occupé que du cas, le plus probable en effet, où celui contre lequel la séparation avait été prononcée, voulait la faire cesser, et qui d'ailleurs n'a pas dû offrir à l'époux originairement demandeur la faculté de convertir la séparation en divorce, puisque le choix qu'il avait fait prouvait, dans la pensée des rédacteurs, que ses croyances religieuses ne lui permettaient que la séparation.

Et non-seulement aucun texte ne déroge en ce point aux principes généraux; mais l'article 1451 en fait à notre sujet même l'application la plus formelle :

« La communauté dissoute par la séparation, soit de « corps et de biens, soit de biens seulement, peut être « rétablie *du consentement des deux parties.* »

Pourtant, tous les moyens qu'on invoque pour soutenir que le consentement des deux parties n'est pas nécessaire pour faire cesser la séparation de corps, tous ces mêmes moyens pourraient être invoqués aussi pour soutenir que leur consentement réciproque ne devrait pas être nécessaire pour faire cesser la séparation de biens; or, l'article 1451 l'exige formellement; donc, la loi n'a pas tenu compte de ces objections, et il y aurait contradiction à exiger le concours des volontés dans un cas, et à ne point l'exiger dans l'autre.

C'est qu'en effet la séparation de corps n'est pas seulement la faculté unilatérale pour l'un des époux de vivre séparément de l'autre; si Pothier semble la définir ainsi (*du Mariage*, n° 506), d'autres passages de cet auteur attestent qu'il la considérait lui-même autrement (*de la Communauté*, n° 518). La séparation de corps, c'est une modification de l'état personnel des époux, des deux époux; c'est la déclaration par la justice de l'impossibilité de la vie commune, déclaration, sans doute, obtenue par l'un contre l'autre, mais qui, une fois rendue, a changé la situation en relâchant pour l'un comme pour l'autre le lien du mariage. Et cette théorie est non-seulement juridique; elle est aussi très-morale et très-nécessaire. Il faut que l'époux qui se sent porté à demander la séparation de corps, il faut qu'il sache que cela est très-grave, que cela n'est point un jeu qu'il puisse faire cesser quand il lui plaira, et suivant sa fantaisie! il ne faut pas, non plus, que l'époux contre lequel le jugement a été rendu, demeure ainsi toujours dans un état précaire, à la merci de l'autre. Ce n'est pas l'autoriser à se prévaloir de ses torts, que de lui permettre de répondre à son conjoint, une

fois le jugement rendu : C'est vous qui l'avez voulu ! Et la société enfin, qu'aurait-elle à attendre de bon d'un ménage reconstitué sous de tels auspices ? (Angers, 19 avr. 1839, Trouillet, Dev., 1839, II, 243 ; Cass., 3 fév. 1841, mêmes parties, D., 1841, I, 107 ; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 182 ; Massé et Vergé, t. I, p. 283 ; Marcadé, art. 311, n° 5 ; Massol, p. 350, n° 3 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 415 ; Demante, t. II, n° 34 *bis*, II ; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 152.)

533. — De là même il résulte que le concours simultané, c'est-à-dire la coexistence des deux volontés est nécessaire. Si donc les avances d'abord faites par l'un des époux avaient été repoussées par l'autre, celui-ci ne pourrait plus ensuite se prévaloir de l'offre qu'il n'aurait pas acceptée à temps. C'est là d'ailleurs une question de fait.

534. — Mais cet accord des époux, dès qu'il existe, anéantit le jugement de séparation de corps, sans qu'il soit besoin de remplir aucune formalité judiciaire ou extrajudiciaire (Paris, 16 avril 1807, Charpy, Sirey, 1807, II, 661).

535. — Il peut être exprimé, soit expressément par une convention *ad hoc*, soit tacitement par leur manière d'être et par leurs procédés réciproques.

536. — Et quant à la preuve de cet accord, elle peut être faite, soit par un acte authentique, soit par tout écrit même privé, soit même par témoins et dès lors aussi par présomptions.

Aucun texte n'exigeant ici de conditions spéciales, ni quant à la forme, ni quant au mode de preuve, je crois qu'il y a lieu d'appliquer l'article 274 ; il est vrai que la situation n'est pas maintenant la même, puisqu'il s'agit non pas d'une fin de non-recevoir contre une demande en séparation de corps, mais d'une re-

nonciation au jugement lui-même, qui avait prononcé cette séparation.

Mais, après tout, la question finalement est toujours la même, après comme avant : les époux se sont-ils réconciliés ? Et il me semble que le même mode de preuve doit être aussi, dans tous les cas, recevable.

La loi prend à cœur, en effet, de ne gêner, par aucune entrave, cette réunion des époux, qu'elle désire et qu'elle favorise. Si les époux ne peuvent rétablir leurs conventions matrimoniales que par acte notarié (art. 1451) cette disposition, uniquement relative aux biens, est justifiée par un motif spécial, à savoir : par la nécessité d'assurer pour l'avenir entre les époux l'immutabilité de ce retour à leur contrat de mariage (art. 1395). Aucun motif, au contraire, ne s'oppose à ce que la réconciliation des personnes soit reconnue et consacrée, dès qu'elle s'est accomplie, de quelque manière d'ailleurs que ce puisse être.

Tel était déjà notre ancien droit (Pothier, n° 524; Lacombe, v° *Séparation de corps*); et le Code Napoléon a eu bien raison de le maintenir.

L'article 37 du projet de loi de 1816 était, à la vérité, ainsi conçu : « La séparation cessera par le réta-« blissement notoire de la vie commune, ou par la « déclaration que feront les époux dans un acte authen-« tique, qu'ils entendent faire cesser l'état de sépara-« tion. » (Locré, *Législ. civ.*, t. V, p. 600.)

Mais j'avoue que je ne vois pas pourquoi on aurait exigé ces conditions de notoriété et d'authenticité, pour ce qui concerne la cessation de la séparation de corps entre les époux eux-mêmes et dans leurs rapports personnels (Vazeille, t. II, n° 593; Zachariæ, t. III, p. 378; Massol, p. 349, n° 2).

536 *bis*. — Je dois dire toutefois que la Cour de Paris a récemment jugé, en principe, en point de droit,

que *le rétablissement de la vie commune peut seul faire supposer l'abandon formel des droits résultant du jugement de séparation de corps* (5 avril 1859, Poisson, D., 1860, II, 68).

L'arrêt est fondé principalement sur deux motifs :

Le premier déduit du texte des articles 309 du Code Napoléon et 337 du Code pénal, qui n'auraient fait que consacrer les traditions anciennes ;

Le second, déduit de diverses considérations concernant l'intérêt des époux, la paix des familles et le bon ordre de la société.

1° Les articles précités, dit-on, disposent que le mari ne peut arrêter l'effet de la condamnation prononcée contre sa femme pour cause d'adultère *qu'en consentant à la reprendre ;* d'où il suit que les termes même de la loi décident que le rétablissement de la vie commune, entre les deux époux, entraîne seul l'abandon du jugement de séparation de corps ; on ajoute que cette règle a toujours été admise ; et qu'il n'y a pas lieu dès lors d'appliquer ici les articles 272-274, qui sont placés sous le titre *des fins de non-recevoir contre l'action,* puisque, si on en transportait l'application après le jugement, on assimilerait l'époux qui a obtenu la séparation à celui qui la demande, effaçant ainsi la décision rendue, et imposant à la conservation du droit acquis une condition, que la loi n'a prescrite qu'à son obtention.

2° Le rétablissement de la vie commune d'ailleurs est un fait public, sur l'existence et le caractère duquel il ne peut s'élever aucune contestation ; tandis qu'il n'en est pas de même de la réconciliation prise dans toute l'étendue du mot, telle qu'elle est admise comme exception à la demande par l'article 273 ; c'est là, au contraire, un fait composé de circonstances variables, d'une appréciation souvent difficile, livré à toutes les

incertitudes des enquêtes et aux interprétations les plus arbitraires; de telle sorte qu'on ouvrirait ainsi une nouvelle arène aux difficultés judiciaires entre époux, les procès en preuve de réconciliation venant à la suite de ceux en séparation, causes nouvelles de ruine pour la famille et souvent occasion de scandale.

Ni l'un ni l'autre de ces motifs ne nous paraît justifier la doctrine que la Cour de Paris a consacrée.

1° Et d'abord, l'argument que l'arrêt déduit des articles 309 du Code Napoléon et 337 du Code pénal n'est, suivant nous, nullement concluant.

Quel est le but de ces articles?

C'est de disposer que le mari ne pourra pas, d'une manière absolue, par droit de grâce, tout en continuant de s'en tenir au jugement de séparation, arrêter l'effet de la condamnation prononcée contre sa femme; qu'il ne le pourra, au contraire, qu'en renonçant au jugement de séparation.

Voilà seulement ce que ces articles veulent dire, et seulement aussi ce qu'ils disent.

Leur but n'est pas du tout de trancher la question de savoir de quelle manière le mari pourra renoncer au jugement de séparation.

Ce qu'ils décident uniquement, c'est que le mari ne pourra exercer ce droit exceptionnel et exorbitant de faire grâce d'une peine prononcée par la puissance publique, qu'il ne le pourra qu'en renonçant au jugement de séparation de corps.

Mais, dit-on, les articles exigent, pour cela, *le fait réel de la réunion, de la reprise publique de la femme; tant que ce fait n'a pas eu lieu, le jugement subsiste avec toute sa force* (Conclusions de M. l'avocat général Moreau, D., 1860, II, 69).

Ces articles, au contraire, ne nous semblent pas du tout exiger le fait matériel du rétablissement public de

la vie commune comme une condition *sine qua non* de la renonciation par le mari au jugement de séparation de corps.

Que disent-ils, en effet?

Que le mari restera le maître d'arrêter l'effet de la condamnation, EN CONSENTANT *à reprendre sa femme.*

Ainsi, d'après le texte même, c'est le CONSENTEMENT DU MARI *à reprendre sa femme*, que la loi met pour condition à l'exercice de son droit de grâce ; ce n'est pas le fait réel de la reprise elle-même.

Nous demandons, par exemple, si un mari qui aurait passé avec sa femme un acte authentique, dans lequel les époux auraient d'accord rétabli leur communauté de biens (art. 1451), et dans lequel aussi le mari, pour satisfaire aux articles 309 du Code Napoléon et 337 du Code pénal, aurait déclaré consentir à reprendre sa femme, nous demandons si le mari, avant de l'avoir effectivement reprise, pourrait après cela, lorsqu'elle se présenterait au domicile conjugal, lui en refuser l'entrée, en lui opposant le jugement de séparation de corps !

Il faudrait, de toute nécessité, dans le système de l'arrêt, répondre affirmativement; car l'arrêt va bien plus loin que le projet de loi de 1816, qui du moins admettait la réconciliation *soit par le rétablissement notoire de la vie commune, soit par la déclaration, que feraient les époux dans un acte authentique, qu'ils entendent faire cesser l'état de séparation* (*supra* n° 356); tandis que, dans le système de l'arrêt, le rétablissement public de la vie commune serait une condition rigoureusement exigée, pour que les juges eussent le droit de décider que les époux se sont départis du jugement de séparation.

Mais, en vérité, ceci est-il bien possible! est-ce que le texte même de la loi ne serait pas alors ouvertement

violé! Est-ce que d'ailleurs, à tous les points de vue, et de la loyauté, et de la morale, et de la dignité du mariage, une telle conséquence est admissible!

Aussi, n'a-t-elle jamais été admise; et nous croyons que l'on n'interprète exactement ni le droit romain, ni l'ancien droit français, lorsque l'on prétend qu'ils renfermaient une telle disposition. Ce que disposait le droit romain (Nov. 134, cap. x, authent. ad. leg. 30, Cod. ad. leg. Juliam, *de Adult.*), et aussi notre ancien droit français (Pothier, *du Contrat de mariage*, n° 527), c'est que le mari pouvait faire sortir sa femme du monastère pour la reprendre; c'est-à-dire que les législations anciennes décidaient, comme a fait la législation moderne, que le mari pouvait faire cesser l'effet de la condamnation, en consentant à reprendre sa femme.

Mais de quelle manière, et en quelle forme ce consentement du mari devait-il se produire?

C'est là une tout autre question, que ni le droit romain, ni l'ancien droit français n'avaient résolue d'une manière formelle et qu'ils avaient, par conséquent, laissée sous l'empire des principes généraux.

Il nous paraît certain que cette question n'a pas été résolue non plus par les articles 309 du Code Napoléon et 337 du Code pénal, même pour le cas spécial où la femme a été condamnée à l'emprisonnement pour cause d'adultère, et surtout qu'elle n'a pas été résolue, en thèse générale, pour tous les cas où il s'agit de savoir si les époux, pour quelque cause que la séparation ait été prononcée, et quel que soit celui des deux, le mari ou la femme, qui l'a obtenue contre l'autre, si, dis-je, les époux ont, de part et d'autre, renoncé au jugement de séparation de corps. Et la preuve en résulte bien du projet de loi, qui en 1816, présentait comme une innovation au Code Napoléon les conditions nouvelles, en effet, auxquelles il soumettait la preuve de la ré-

conciliation des époux (Locré, *Législat. civ.*, t. V, p. 509).

Cela posé, et la question devant être décidée d'après les règles du droit commun, la conclusion en est, suivant nous, que la renonciation, par les époux, au jugement de séparation de corps, peut être, comme toute renonciation en général, tacite aussi bien qu'expresse, et résulter des diverses circonstances de fait, dont les magistrats sont les appréciateurs souverains (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Renonciation*, § 3, n° 1).

2° Est-il vrai que cette doctrine offre tous les dangers que l'on en redoute? tel n'est pas notre avis, et nous croyons que l'on s'en est, dans la doctrine contraire, un peu trop préoccupé peut-être; les procès de ce genre, *les procès*, comme on dit, *en preuve de réconciliation* entre époux séparés de corps sont-ils donc si fréquents? hélas! non; loin de témoigner, à cet égard, une crainte, c'est bien plutôt, pour notre part, un regret que nous exprimerions.

Mais qui n'aperçoit, au contraire, les dangers bien autrement sérieux de la doctrine que nous essayons de combattre.

Comment! des parents, des amis seraient intervenus pour amener la réconciliation des époux; des lettres auraient été échangées entre le mari et la femme; des entrevues auraient eu lieu; et enfin toutes ces négociations auraient eu pour résultat le pardon et l'oubli réciproque; et l'on aurait fêté dans une réunion de famille cette heureuse réconciliation; et puis, après tout cela, le mari aurait encore le droit de refuser de recevoir sa femme! comme aussi, il le faudrait nécessairement, la femme aurait le droit de refuser de rentrer chez son mari!

Eh! pourquoi donc?

On a supposé aussi que le mari pourrait aller visiter

sa femme chez elle ou la recevoir même chez lui plus ou moins furtivement; et l'on a dit, que si, aussitôt après ses ardeurs satisfaites, il avait le soin de la renvoyer, il ne serait pas possible de soutenir contre lui, qu'il a renoncé au jugement de séparation de corps, parce qu'il n'aurait pas, en effet, repris sa femme comme épouse, sur le pied qu'elle avait dans la maison conjugale avant le jugement de séparation (D., 1859, II, 69).

Ceci est, à notre estime, bien plus grave encore!

Nous ne voudrions pas dire sans doute, que toute espèce de rapprochement entre les époux devra être considérée comme une preuve de réconciliation définitive; le jésuite Sanchez nous paraît aller un peu loin, lorsqu'après s'être posé cette question : *An reconciliatio tacita efficiatur per copulam*, il répond : *Copula una sufficit, etiamsi occulto!* Nous croyons, au contraire, qu'un rapprochement purement accidentel pourrait n'être pas considéré comme une preuve de réconciliation; et cela, lors même qu'il en serait issu un enfant, contre lequel le désaveu du mari n'aurait pas été admis, parce qu'il y aurait eu entre les époux, *une réunion de fait*, aux termes de la loi du 6 décembre 1850. (Comp. notre *Traité de la Paternité et de la Filiation*, n°s 55 et suiv.)

Mais ce qui serait, suivant nous, un autre excès de bien pire conséquence encore, en sens contraire, ce serait de dire que la reprise des relations intimes entre le mari et la femme, quelque renouvelée et assidue qu'elle ait pu être, ne pourrait jamais être considérée, de la part du mari, comme un abandon du jugement de séparation de corps, si tout en reprenant ses relations avec sa femme, il avait eu la précaution de ne la traiter que comme une courtisane!

Non! nous ne pouvons pas admettre une pareille interprétation qui ne serait pas moins contraire à la

dignité du mariage et aux règles de la morale qu'aux règles du droit; et suivant nous, en de telles circonstances, les magistrats auraient le pouvoir de décider, en fait, que le mari a renoncé au jugement de séparation de corps. (Comp., *supra*, n° 534; Agen, 17 mars 1858, Andral, Dev., 1858, II, 371; Besançon 26 février 1860, M..., D., 1860, II, 54; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 181; Massé et Vergé, t. I, p. 183; *Revue pratique de droit français*, 1859, t. VIII, p. 344 et suiv., article de M. Henry Boissard.)

Telle a bien été aussi la pensée des auteurs de la loi du 6 décembre 1850 sur le désaveu de paternité en cas de séparation de corps. Tout en reconnaissant qu'une réunion accidentelle entre le mari et la femme pourrait, quoique rendant le désaveu de l'enfant non recevable de la part du mari, n'être pas considérée comme suffisante pour établir la preuve d'une réconciliation définitive, ils n'en ont pas moins aussi très-virtuellement reconnu que cette réconciliation pourrait résulter du fait de leurs relations intimes reprises d'une manière assidue; car ils ont protesté précisément, au nom de la dignité du mariage et de la morale publique, contre cette idée que la loi puisse supposer que *le mari va en bonne fortune chez sa femme et en fasse sa maîtresse!* (Valette, *lettre à M. Arbey*, Dev., 1858, II, 689.)

« Il est bon que les époux sachent, comme l'a fort bien dit aussi M. Quenault, que l'état de séparation de corps impose des sacrifices et des devoirs rigoureux. » (*Revue crit. de Législat.*, 1857, p. 317.)

Nous le croyons tout à fait ainsi, et que cela importe, en effet, essentiellement au bon ordre des familles, à la pureté des mœurs privées et publiques, et par suite au bon ordre de l'État lui-même!

537. — Seulement, bien entendu, il est nécessaire,

quand il s'agit de la réconciliation tacite qui résulte de la conduite des époux, il est nécessaire, dis-je, d'examiner toutes les circonstances, et de rechercher dans quelle intention ont eu lieu les faits par lesquels l'un des époux soutient que son conjoint aurait consenti à faire cesser la séparation. C'est là encore une question de fait, sur laquelle on ne saurait poser de règle absolue.

Ce qui est vrai aussi, c'est que les faits desquels on veut induire la renonciation à l'état de séparation judiciairement prononcée, que ces faits devraient être, en général, plus précis, plus caractérisés que lorsqu'il s'agit seulement d'en induire une fin de non-recevoir contre une demande en séparation. Il faudrait tenir compte surtout des causes, des considérations qui ont pu déterminer l'un des époux à se rapprocher de l'autre.

Une femme a obtenu sa séparation de corps ; et voilà que son mari est malade, ou que des revers et des chagrins l'accablent; et elle va lui porter ses soins, ses consolations : faut-il dire toujours et tout de suite, que, dès cet instant même, elle est déchue du bénéfice de son jugement?

Je ne le crois pas : 1° parce qu'elle ne peut en être déchue qu'autant qu'elle y aura volontairement renoncé ; or, il est très-possible que cette démarche ne témoigne point de sa part la volonté de renoncer définitivement à la séparation; 2° parce qu'une doctrine contraire, une doctrine trop absolue aurait ici pour résultat d'élever en quelque sorte une barrière entre les époux, et de les placer dans cette alternative, ou de manquer à des devoirs sacrés que la séparation n'a pas détruits (*supra*, n° 502), ou de s'exposer, s'ils les remplissent, à se voir engagés de nouveau dans une communauté d'existence insupportable!

On encouragera, au contraire, on favorisera bien

mieux les réconciliations, en ne précipitant rien, en ne les reconnaissant que dans des faits non-équivoques et qui attestent une volonté définitive de renoncer au jugement de séparation.

538. — Je présente toujours le consentement mutuel des époux, comme le moyen de mettre fin à la séparation de corps. C'est qu'en effet ce moyen sera presque toujours le seul.

C'est ainsi que la réhabilitation de l'époux, qui avait été condamné à une peine infamante, n'aurait pas pour effet d'anéantir la séparation déjà prononcée. Car le droit était acquis à l'autre époux; et la réhabilitation ne profite au condamné que *pour l'avenir* (art. 633 inst. crim.).

Il n'en serait autrement que dans le cas extraordinaire d'une révision qui aurait mis à néant, même pour le passé, l'arrêt de condamnation déclaré injuste, et tout ce qui en aurait été la suite (art. 447 inst. crim.; *supra*, n° 396 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 182; Vazeille, t. II, n°s 557, 558).

539. — Quant au moyen qu'autorisait l'article 310 du Code Napoléon, il est clair que la loi abolitive du divorce du 8 mai 1816, l'a désormais aussi abrogé.

540. — 2° En ce qui concerne la personne des époux, l'effet de la cessation de la séparation de corps est très-simple. Les obligations du mariage sont dès lors rétablies dans leur force primitive; et les articles 108 et 214 redeviennent applicables.

541. — Je crois qu'il faut aussi dès ce moment, rentrer dans l'état normal, en ce qui concerne l'exercice de la puissance paternelle (art. 373).

Si donc la garde des enfants avait été confiée soit à la mère, soit surtout à un tiers, la réunion des époux devrait mettre fin à cette situation exceptionnelle. Puisqu'elle n'était que la conséquence de la séparation

de corps, elle doit cesser avec elle ; et il serait infiniment regrettable que la trace de ces discordes passées, fût conservée précisément dans les rapports des père et mère avec leurs enfants.

Au reste, le tiers, auquel une décision judiciaire aurait confié les enfants, pourrait ne consentir à les remettre au père qu'autant que la justice l'y autoriserait; et la question se trouverait ainsi portée devant les magistrats, qui devraient, à mon avis, déclarer le père réintégré dans tous ses droits, s'il n'y avait d'ailleurs quelque autre cause qui fût de nature à en modifier l'exercice dans sa personne.

542. — A l'égard des biens, des auteurs d'un grand crédit enseignaient, dans notre ancienne jurisprudence, que la réconciliation des époux avait pour effet de tout rétablir *de plein droit* sur l'ancien pied : non-seulement la communauté (Pothier, n° 524), mais même aussi les avantages, dont l'un ou l'autre des époux avait pu encourir la perte (Houard, v° *Femme*, sect. II, p. 277). Cette opinion toutefois n'était pas unanime; Renusson ne paraît point la partager (*de la Communauté*, Ire partie, chap. IX, n° 63); et Valin surtout la combat ouvertement :

« Quand la femme retourne avec son mari sans lui confier la direction de ses biens meubles et immeubles, elle ne fait que mettre fin à la séparation de corps, et cela sans doute par principe de religion et par raison de conscience ; il est bien évident alors qu'elle ne tend pas à déroger à la séparation de biens, et quoique cette séparation n'ait été ordonnée que par une suite naturelle et inévitable de la séparation d'habitation, rien n'empêche qu'elle ne puisse subsister malgré la révocation de l'autre, *puisque après son exécution*, son effet est absolument indépendant de toute réconciliation...; il serait même de dangereuse conséquence qu'il en fût autre-

ment, attendu que l'intérêt que les parties pourraient avoir de ne pas renouer leur communauté, serait peut-être un obstacle invincible à leur réunion. » (T. II, *sur l'article* 48 *de la Cout. de la Rochelle*, § 1, n° 42).

Telle est la solution consacrée aujourd'hui par notre Code, qui, dans l'intérêt de la société et des époux, afin de favoriser leur réconciliation, et dans l'intérêt des tiers, afin de prévenir toutes fraudes, déclare que la communauté ne peut être rétablie *que par un acte passé devant notaire et avec minute, dont une expédition doit être affichée dans la forme prescrite pour l'article* 1445 (ajout. art. 872 procéd.).

543. — La réunion des époux, qui fait cesser la séparation de corps, ne fait donc pas cesser en même temps la séparation de biens, si les époux ne font point une convention *ad hoc*.

Mais en serait-il ainsi, même dans le cas où la séparation de biens n'aurait pas été exécutée?

Valin semblait bien professer, pour ce cas, la négative (*supra*, n° 542); et l'on pourrait dire en effet alors qu'aucun acte n'ayant été fait contrairement au contrat de mariage, ce contrat peut toujours subsister, dès que les époux y consentent. Supposez, par exemple, que le jugement même n'ait pas été rendu public (art. 880 procéd.); et qu'il n'ait été fait ni inventaire, ni liquidation, ni règlement d'aucune espèce; c'est dans ces circonstances que les époux se réunissent quelques mois, quelques semaines peut-être après la séparation de corps, et les voilà qui se conduisent comme si jamais il n'y avait eu entre eux de séparation de biens! J'avoue qu'il peut paraître dur, en pareil cas, de déclarer que la communauté n'a pas été rétablie, parce que les époux n'ont pas satisfait à l'article 1451. Mais cette opinion me paraît pourtant la plus juridique et la plus sûre : la

communauté a-t-elle été dissoute par la séparation de corps? oui sans doute (art. 311, 1441), et même dissoute de plein droit, et indépendamment de tout acte de liquidation (*supra*, n° 516); or, si elle a été dissoute, elle ne peut être rétablie que conformément à l'article 1451; cette solution d'ailleurs a l'avantage de prévenir des fraudes ou tout au moins des surprises.

544. — Quoique cet article 1451 ne s'occupe textuellement que de la communauté, il ne paraît pas douteux que le principe qu'il consacre, doit être appliqué à toutes les autres conventions matrimoniales, régime exclusif de communauté et régime dotal.

Je n'hésite pas même à croire, malgré le doute qu'exprime M. Duranton (t. II, n° 629), que l'article 1451 comprend aussi les donations portées dans le contrat de mariage. Ces donations, révoquées par l'effet de la séparation, ne revivent donc pas de plein droit par l'effet de la réconciliation, et elles ne peuvent être rétablies que conformément à l'article 1451.

545. — Delvincourt enseigne que les donations ainsi renouvelées, ne reprennent pas le caractère de donations contractuelles (art. 1395); mais qu'elles constituent des donations faites entre époux pendant le mariage (art. 1096), par conséquent toujours révocables (t. I, p. 86, note 11).

Ce que je viens de dire prouve assez que je ne saurais admettre cette doctrine. Il est bien certain, en effet, que la communauté rétablie en vertu de l'article 1451, est désormais la loi immuable des époux, qui n'y pourraient pas déroger (art. 1395); or, j'ai pensé que le principe de l'article 1451 s'étendait à toutes les conditions, à toutes les donations qui se trouvaient dans le contrat de mariage des époux; la pensée essentielle de la loi est ici de permettre aux époux de restaurer, de reconstituer ce contrat de ma-

riage, comme si rien n'avait été fait, avec toutes ses clauses et avec son caractère primitif; donc, les donations renouvelées reprennent aussi leur irrévocabilité (Proudhon, t. I, p. 552-555).

546. — C'est par ce motif, c'est parce qu'il ne s'agit ici que d'exprimer la volonté d'un retour pur et simple au contrat de mariage, que je crois encore, avec Proudhon et M. Valette (p. 554, note *a*), que ce renouvellement de la donation n'est soumis à aucune autre forme que celle établie par l'article 1451.

547. — Et la loi n'exigeant d'ailleurs, pour cet acte de renouvellement, aucune condition spéciale de capacité, il me paraît que les époux mineurs pourraient le consentir sans aucune assistance; car il ne s'agit pas d'innover, mais de rétablir un acte pour lequel ils ont déjà été assistés comme ils devaient l'être. Ne convient-il pas d'ailleurs de favoriser le plus possible cet oubli complet du passé? (Massol, p. 355, n° 8.)

548. — La réunion des époux anéantit complétement le jugement de séparation de corps; et les nouveaux torts de l'époux, contre lequel il avait été rendu, ne sauraient le faire revivre (Paris, 16 avril 1807, Charpy, Sirey, 1807, II, 661).

Il faut donc que l'autre époux forme une nouvelle demande; mais il peut, bien entendu, la former, et invoquer alors, comme nous l'avons dit, les anciens faits (*supra*, n° 423).

On a même décidé, avec raison, selon moi, qu'il peut se prévaloir des enquêtes qui avaient eu lieu dans le procès antérieur (Paris, 19 juin 1839, Blanchet, Dev., 1839, II, 370).

FIN DU TOME QUATRIÈME.

TABLE DES MATIÈRES

DU QUATRIÈME VOLUME.

TITRE CINQUIÈME.

DU MARIAGE.

CHAPITRE VI.

Des effets du mariage. — Division..... Page 1

SECTION I.

De l'obligation de la part des père et mère d'élever leurs enfants. — Sommaire..... 2

N° 1.

Des père et mère légitimes..... 4

N° 2.

Des père et mère naturels, incestueux ou adultérins..... 15

SECTION II.

De l'obligation qui existe entre certaines personnes de se fournir des aliments. — Sommaire..... 21

N° 1.

A quelles personnes l'obligation alimentaire est-elle imposée? 24

N° 2.

Dans quels cas l'obligation alimentaire prend-elle naissance? 50

N° 3.

En quoi consiste l'obligation alimentaire? et comment peut-elle être acquittée?..... 62

SECTION III.

Des droits et des devoirs respectifs des époux. — Division..... 105

§ I.

Des droits et des devoirs généraux des époux l'un envers l'autre. — Sommaire ..... Page 105

§ II.

De l'autorisation du mari ou de justice nécessaire à la femme dans la plupart des actes de la vie civile. — Division..... 135

N° 1.

Quel est le fondement de la nécessité de l'autorisation?.... 136

N° 2.

Dans quels cas l'autorisation est-elle requise? — Sommaire. 141
I. Des actes judiciaires..... 146
II. Des actes extra-judiciaires..... 157
A. Des contrats..... 158
B. Des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits... 208
C. De certains actes d'un ordre particulier, tels que le testament, la reconnaissance d'un enfant naturel, etc. 217

N° 3.

Par qui? de quelle manière? et à quel moment l'autorisation doit-elle être accordée? — Sommaire..... 218
I. De l'autorisation du mari..... 222
II. De l'autorisation de justice..... 259

N° 4.

Quels sont les effets soit de l'autorisation, soit du défaut d'autorisation. — Sommaire..... 355
I. Des effets de l'autorisation..... 358
A. A l'égard de la femme..... 358
B. A l'égard du mari..... 398
II. Des effets du défaut d'autorisation..... 421

CHAPITRE VII.

Des modes et des effets de la dissolution du mariage..... 454

TITRE SIXIÈME.

DE LA SÉPARATION DE CORPS.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES..... Page 456
Division générale..... 460

CHAPITRE PREMIER.

Pour quelles causes la séparation de corps peut-elle être demandée? — Cette demande est-elle susceptible d'être repoussée par des fins de non-recevoir? — Par qui peut-elle être formée? 460

SECTION I.

Pour quelles causes la séparation de corps peut-elle être demandée?..... 460

SECTION II.

La demande en séparation de corps peut-elle être repoussée par des fins de non-recevoir..... 500

SECTION III.

Par qui la demande en séparation de corps peut-elle être formée?..... 527

CHAPITRE II.

Quelles sont les règles à suivre, en ce qui concerne la demande en séparation de corps; — les mesures provisoires et conservatoires; — l'instruction; — le jugement. — Sommaire..... 540

§ I.

De la demande..... 544

§ II.

Des mesures provisoires et conservatoires..... 554

§ III.

De l'instruction..... 573

§ IV.

Du jugement..... 582

CHAPITRE III.

Des effets de la séparation de corps. — Sommaire..... Page 591

§ I.

Des effets de la séparation de corps, en ce qui concerne les rapports personnels des époux l'un envers l'autre..... 594

§ II.

Des effets de la séparation de corps, en ce qui concerne les rapports des époux envers leurs enfants, c'est-à-dire les droits de puissance paternelle..... 602

§ III.

Des effets de la séparation de corps, en ce qui concerne les conventions matrimoniales et plus généralement les intérêts pécuniaires des époux..... 609

CHAPITRE IV.

De quelle manière la séparation de corps peut-elle cesser? et quels sont les effets du retour des époux à la vie commune? — Sommaire..... 646

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

TABLE NUMÉRIQUE

DES ARTICLES DU CODE NAPOLÉON

AVEC L'INDICATION, POUR CHAQUE ARTICLE, DES PAGES DU VOLUME ET DES NUMÉROS DE L'OUVRAGE, OU IL EST EXPLIQUÉ.

(Tome IV, art. 203-311).

TITRE CINQUIÈME.

Du mariage.

Art. du Code Nap.	Pages du volume.	Numéros de l'ouvrage.
203.	3-20, 24-26.	2-21, 23.
204.	7-11.	9-10.
205.	24-26, 34-67, 92-104.	23, 32-58, 72-78.
206.	26-34.	24-31.
207.	24-26, 31, 34-67, 92-104.	23, 29, 32-58, 72-78.
208.	74-81.	62, 63.
209.	83-104.	67-80.
210.	67-74, 81-83.	58-62, 64-66.
211.	62, 67-74, 81-83.	52, 58-62, 64-66.
212.	107-108.	82-85.
213.	108-111, 113.	86-88, 93.
214.	111-135.	88-111.
215.	136-146, 147-154, 223.	113-120, 122-139, 191.
216.	154-157, 361-362.	140-143, 278.
217.	136-146, 157-218, 223-232, 253-259, 419-421.	113-120, 144-187, 192-198, 211, 325, 326.
218.	222, 324-355.	188, 250-273.
219.	*Id.*	*Id.*
220.	232-235, 237, 316-324, 378-419.	199-203, 207, 248, 249, 295-324.
221.	261-264, 273-322.	215-219, 228-248.
222.	259-260, 265-273.	212-214, 222-227.
223.	234-248, 358-378.	203-210, 275-294.
224.	264-265.	220, 221.

Art. du Code Nap.	Pages du volume.	Numéros de l'ouvrage.
225.	421-454.	327-357.
226.	217-218, 247.	183-187, 208.
227.	454-455.	358-361.
228.	*Id.*	*Id.*

TITRE SIXIÈME.

De la séparation de corps.

(Beaucoup d'articles, relatifs au divorce, sont compris dans l'énumération suivante, parce qu'ils ont encore plus ou moins d'importance relativement à la séparation de corps.)

Art. du Code Nap.	Pages du volume.	Numéros de l'ouvrage.
229.	462-463.	368, 369.
230.	463-477.	369-382.
231.	477-495.	383-394.
232.	495-498.	395-399.
233.	498-500.	400, 401.
255.	550-552.	443.
236.	548-550.	439-442.
251.	522, 576-581.	420, 479-484.
259.	582-586.	486.
260.	*Id.*	*Id.*
261.	545-546.	435.
263.	590.	492.
267.	554-556.	449-454.
268.	557-561, 571-573.	455-459, 467, 468.
269.	510-513.	414.
270.	561-573.	460-470.
271.	*Id.*	*Id.*
272.	501-526.	402-425.
273.	*Id.*	*Id.*
274.	*Id.*	*Id.*
277.	481.	385.
295.	601.	505.
296.	*Id.*	*Id.*
297.	*Id.*	*Id.*
298.	*Id.*	506.
299.	616-645.	517-530.
300.	*Id.*	*Id.*
301.	46, 595.	40, 501.

Art. du Code Nap.	Pages du volume.	Numéros de l'ouvrage.
302.	602-608.	508-512.
303.	*Id.*	*Id.*
306.	462-498, 527-540.	368-399, 426-432.
307.	498-500, 544-548, 552-554, 573-576, 586-590.	400, 401, 433, 434, 436-438, 445-448, 471-478, 487-494.
308.	475, 505-508, 590.	381, 409, 495.
309.	590, 647.	495, 532.
310.	647-660.	532, 539.
311.	609-616.	513-516.

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

FIN DE LA TABLE NUMÉRIQUE.

TYPOGRAPHIE DE CH. LAHURE
Imprimeur du Sénat et de la Cour de Cassation
rue de Fleurus, 9.

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

La Bibliothèque
Université d'Ottawa

Echéance

Celui qui rapporte un volume après la dernière date timbrée ci-dessous devra payer une amende de cinq sous, plus un sou pour chaque jour de retard.

The Library
University of Ottawa

Date due

For failure to return a book on or before the last date stamped below there will be a fine of five cents, and an extra charge of one cent for each additional day.

a39003 008180381b

i 82

DATE DUE

12/7/89			
Marcel			
27 OCT 1993			
OCT 24			
CAT. NO. 1137			